Der Einzelrichter im Kollegialprozeß

zugleich ein Beitrag zur Zivilprozeßreform

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München

Vorgelegt von

Ego Erwin Baader

in Freiburg i. Br.

Druck: Gebr. Ranz in Dietenheim a. Iller

1938.

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Riezler
Mitberichterstatter: Professor Dr. Kisch

Tag der Genehmigung: 6. Juli 1934.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.

§ 1 Allgemeines.

§ 2 Über die Zuständigkeit des Einzelrichters.

1. Kapitel.

§ 3 I. Die Rechtsstellung des Einzelrichters nach dem Recht der Novelle 1924.

§ 4 II. Die Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters.

2. Kapitel.

Allgemeine prozeßpolitische Kritik des Verfahrens vor dem Einzelrichter.

§ 5 I. Die Frage der Gerichtsbesetzung unter Berücksichtigung der Aufgaben der Ziviljustiz im neuen Staat.

II. Das Unmittelbarkeitsprinzip.

§ 6 1. Einleitung: Das Sachverhaltsproblem. Wahrheitspflicht. Parteivernehmung.

§ 7 2. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

§ 8 3. Unmittelbarkeit der Streitverhandlung.

§ 9 4. Unmittelbarkeit der Prozeßleitung.

3. Kapitel.

Einzelrichter und Kollegium nach dem Recht des Entwurfs 1931 und der Novelle vom 27. Oktober 1933.

I. Die Verhandlungsreife-Entscheidung im nichtpräsidialen Vorbereitungsverfahren.

§ 10 Voraussetzungen, Inhalt und Grundlagen der Verhandlungsreife-Entscheidung des Prozeßgerichts.

§ 11 Die Entscheidung über die Verhandlungsreife, wenn diese nicht Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit ist.

§ 12 Vorläufige Entscheidung über die Verhandlungsreife bei Meinungsverschiedenheit.

§ 13 Die Wirkungen der Kollegialentscheidungen über die Verhandlungsreife.

§ 14 Die Widerruflichkeit der Kollegialentscheidungen.

§ 15 Das Weisungsrecht des Prozeßgerichts gegenüber dem Einzelrichter.

§ 16 Die Grenzen der Weisungsbefugnis des Prozeßgerichts.

§ 17 II. Die Verhandlungsreifeentscheidung im präsidialen Vorbereitungsverfahren.

§ 18 III. Die Verhandlungsreifeentscheidung und die Prozeßparteien.

4. Kapitel.

Bewertung des Einzelrichter-Systems des Entwurfs 1931 und der Novelle 1933.

§ 19 1. Verhältnis von Einzelrichter und Kollegium.

§ 20 2. Einleitung des Vorbereitungsverfahrens.

§ 21 3. Die Veränderung in der Urteilszuständigkeit.

5. Kapitel.

Das Einzelrichter-Institut als Maßnahme der Verfahrensrationalisierung im Kollegialprozeß.

§ 22 1. Vollzuständiger Einzelrichter in Landgerichtssachen.

§ 23 2. Rationalisierung des Kollegialprozesses durch Vortermin.

§ 24 3. Das Prinzip des stoffbegrenzenden Instruktionsverfahrens.

§ 25 4. „Das Verfahren vor dem Einzelrichter."

Die Arbeit ist im Mai 1934 abgeschlossen worden.

Einleitung.

§ 1

Allgemeines.

Die wirtschaftliche Not der Nachkriegszeit brachte aufs eindringlichste zum Bewußtsein, welch grundlegendes Interesse nicht nur der Rechtssuchende, sondern auch die Justizverwaltung an einer beschleunigten unverzögerlichen Abwicklung des Zivilprozesses hat. Dadurch trat die bis dahin etwas vernachlässigte Frage nach der zweckmäßigsten Gestaltung des äußeren Verfahrensbetriebes in den Vordergrund der gesetzgeberischen Belange. Und die Zivilprozessnovelle vom 13. 2. 1924 hat demgemäß das Verfahrensrecht im Hinblick auf das Ziel möglichster Intensivierung des Prozesses reformiert. Durch Erweiterung der richterlichen Befugnisse sucht diese Gesetzgebung die dem Prozess innewohnenden Konzentrationskräfte anzuregen und ihnen Nachdruck zu verleihen. Darüber hinausgehend aber hat sie aus Rationalisierungsgründen tief in die Struktur des Kollegialprozesses eingegriffen und denselben in den Tatsacheninstanzen durch Einführung eines besonderen Verfahrensgebildes, des Verfahrens vor dem Einzelrichter, (ER.) in bedeutsamer Weise umgeformt.

Nach der Zivilprozessnovelle 1924 sind die Prozesse vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten regelmäßig durch ein „Verfahren vor dem Einzelrichter" vorzubereiten[1]). Das aber bedeutet im typischen Fall die Preisgabe der Einheit der Streitverhandlung in diesen Instanzen. Denn die Vorbereitung der grundsätzlich dem Kollegialgericht (Koll.G.) vorbehaltenen Entscheidung wird diesem in überwiegendem Maß aus der Hand genommen und als Aufgabe dem ER., dem hierfür neugeschaffenen Gerichtsorgan zugewiesen. Andererseits bleibt aber auch das Mehrheitsgericht weiterhin mit der Vorbereitung seiner Entscheidung befaßt „tunlichst, aber auch mindestens in einer mündlichen Verhandlung". So kommt es, daß an Stelle des einen grundsätzlich unmittelbar vor dem erkennenden Koll.G. sich abspielenden, urteilsvorbereitenden Verfahrens deren zwei getreten sind: das die Entscheidung des Kollegiums überwiegend und praktisch maßgebend bestimmende, den

[1]) ZPO. §§ 348—350 i. Verb. mit GVG. §§ 75, 105. ZPO. §§ 523, 523 a, 557, 557 a.

Prozess instruierende Verfahren vor dem ER. und jenes abschließende, zeitlich möglichst zu beschränkende Verfahren unmittelbar vor dem auch urteilenden Kollegium.

Es ist klar, daß mit diesem Eingriff in die Einheit der Streitverhandlung eine in ihrer grundlegenden Bedeutung nicht leicht zu überschätzende Umbildung des ganzen Rechtsganges vor den LG.en und OLG.en vollzogen wurde. Deshalb ist es auch nicht zutreffend im ER.institut lediglich die Legalisierung der Verfahrensgestaltung zu sehen, zu der die mißbräuchlich weitgehende Verwendung von beauftragten Richtern bereits geführt hatte. Mag infolge dieser Gewohnheit die vom Gesetz gewollte grundsätzlich einheitliche Erledigung der Klagsachen durch das erkennende Gericht in der Prozesspraxis schon längst vielfach vereitelt worden sein, zu einer Befassung des kommissarischen Richters mit der eigentlichen Verhandlung des Rechtsstreits konnte sie aus rechtlichen Gründen niemals führen, sodaß die ausschließliche Verantwortlichkeit des Kollegiums für die maßgebende Sachgestaltung, die in der Verhandlung des Rechtsstreits liegt, unangetastet blieb. Die Novelle hat mit der Einführung des ER.verf.s also zweifellos mehr getan, als den durch die Ausdehnung des Instituts des Richterkommissars in der Rechtspraxis herrschenden Zustand bestätigt. Und zwar liegt das Wesentliche und Neue dieses Reformwerks darin, daß das von der Gesetzgebung bisher nur beiläufig verwendete und sehr mit Maß gehandhabte, für die Gestaltung des Verfahrensaufbaus in seinen Grundlinien aber jedenfalls nicht anerkannte Prinzip: die gerichtlichen Institutionen im Hinblick auf die qualitative Verschiedenheit der einzelnen richterlichen Rechtspflegeaufgaben innerhalb des einzelnen Verfahrens zu spezialisieren, nunmehr zum strukturbestimmenden Faktor der Verfahrensgliederung erhoben und damit zu durchgreifender Geltung gebracht wird.

Da die Novelle ziemlich unerwartet zum Gesetz wurde, ohne daß zu einer kritischen Erörterung ihrer Pläne der weiteren juristischen Öffentlichkeit Gelegenheit gegeben worden war, was bei dem grundlegenden Charakter sowohl der ER.-reglung als auch ihrer meisten anderen Neuerungen dringend erforderlich gewesen wäre, mußte sie im Schrifttum zunächst auf heftigen Widerstand stoßen[2]). Dagegen ist die Einführung des ER.instituts in die Praxis der Gerichte wohl verhältnismäßig gut gelungen[3]). Auf jeden Fall haben die auf das ER.verf.

---

[2]) Vgl. die Entschließung der Deutschen Zivilprozeßrechtslehrer, abgedr. in „Das neue Zivilprozeßrecht“ Sonderheft der Rhein. Z. 1924, S. 126. Begrüßt wurde speziell das ER.verf. dagegen insbes. von Heinsheimer, der dasselbe für „sehr gut“ erklärt a.a.O. S. 127 und der auch in seiner Schrift „Der neue Zivilprozeß“ 2. 1924 „dem mutigen Experiment der Reichsregierung“ zustimmt.

[3]) Allerdings haben sich auch aus Richterkreisen alsbald nach Inkrafttreten der Novelle kritische Stimmen gemeldet, die die Zweckmäßig-

bezügl. Bestimmungen der Novelle 24 in höherem Maße für die Wirklichkeit des Prozeßlebens Bedeutung erlangt als manche von den Konzentrationsbestimmungen, die die Befugnisse des Gerichts im Interesse der Intensivierung des Verf. erweitern, deren Anwendung faktisch aber weitgehend vom Eifer der Richter und von ihrer Freude am straffen Prozeßbetrieb abhängt. Von dem guten Willen der Gerichte, aus dem einmal eingeführten Vorbereitungsverf. das Beste zu machen, zeugt auch die umfangreiche Rechtsprechung, die auf diesem Gebiet erwachsen ist und sich eher in der Richtung einer Ausweitung als einer Einschränkung des einzelrichterlichen Tätigkeitsbereiches bewegt.

Daß das ER.institut von der Novelle in so unfertigem Zustand zur Welt gebracht wurde, daß entscheidende Fragen erst von der Rechtsprechung geklärt werden mußten, stellt allerdings kein Ruhmesblatt in der Nachkriegsgesetzgebung dar. Wiegen Normierungsunzulänglichkeiten, die die Prozesse in die Rechtsmittelinstanzen treiben, bei Bestimmungen, welche den äußeren Erfolg einer Konzentration des Verfahrens anstreben, doch besonders schwer. Jedenfalls entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, daß die Novelle, die rasch und teilweise unverarbeitet aus einem unbedenklich „konzentrierten" Gesetzgebungsverfahren hervorgegangen ist, gleichsam in eigner Gestalt unfreiwillig zum warnenden Beispiel dafür wurde, was für ein gefährlicher Grundsatz die Konzentrationsmaxime für jegliches Verfahren ist, von dem man eine befriedigende Leistung erwarten muß. Denn daß die Regelung des ER.instituts über das angängige Maß Lücken aufweist, z. B. dringend klarer Bestimmungen über das Verhältnis von ER. und Kollegium bedurft hätte, sollte nicht zweifelhaft sein. Sauerländer[4]) will diese Anforderung an die Vollständigkeit der Gesetzgebung zwar aus der „Erschrockenheit einer übermüdeten Zeit" erklären und so die Not der Gesetzgebung zu deren Tugend machen. Indessen, es war jedenfalls bis dahin nicht üblich, Fragen, in denen gewissermaßen die Achse eines ganzen Prozeßinstituts liegt, die in höchstem Maße funktionsbestimmend

---

keit des Vorb.verf.s teil insgesamt — wie etwa Weiß JW. 1924, 922 — oder doch in wichtigen Punkten angezweifelt haben, so insbes. die Bestimmungen über die Einleitung des Vorb.verf.s — vgl. Maduschka Z. f. bay. Rspfl. 1924, 103 und Paech ZZP. 49, S. 305 ff. Wie wenig das Vorb.verf. mancherorts ohne weiteres praktikabel erschien, zeigt auch die Tatsache, daß größere Gerichte alsbald daran gingen, Richtlinien für die Handhabung des ER.instituts aufzustellen. So u. a. das OLG. Düsseldorf JW. 1924, 1221. Auch ist eine Anzahl größerer Gerichte infolge schlechter Erfahrungen, die sie mit dem Vorb.verf. angeblich gemacht haben, allmählich sogar dazu übergegangen, dasselbe nicht mehr durchzuführen, wie für gewisse rheinische Gebiete Hepke in DRZ. 1932, 70 und für Schleswig-Holstein, Hamburg und Altona Höpner DRZ. 1932, 120 mitteilt. Vgl. auch Dosenheimer DRZ. 1929, 367.

[4]) Zivilprozeßnovelle und Zivilprozeßreform 1925, S. 31.

für dieses sind, gesetzgeberisch ungelöst zu lassen. Eine dermaßen zurückhaltende Gesetzgebungspraxis würde das Prozeßrecht über kurz oder lang zum System unvollständiger und unverbindlicher Instruktionen für die Routine der Gerichte degradieren. Bei dem Zustandekommen der Novelle erklärt sich die unzureichende Behandlung des Problems der innergerichtlichen Rechtsstellung des Vorb.R.s jedoch in einleuchtender Weise daraus, daß in den Skizzen eines Verf.s v. d. ER., die von Heinsheimer, Lobe und Wildhagen entworfen worden waren[5]) und der Novelle 24 zum Vorbild gedient haben, diese Frage noch nicht in ihrer ganzen Bedeutung erkannt und berücksichtigt ist. Und die Redaktoren der Novelle fanden bei ihrer Arbeit dann leider nicht mehr die Muße, die vorgefundenen Projekte in einem zentralen Punkt zu ergänzen und weiterzubilden, wozu ein Zurückgehen auf die bekannte Regelung des ER.instituts in der Preuß. AGO. von 1793[6]), in der die Frage der Beziehungen zwischen Instruktionsrichter und Prozeßgericht in ihrer Bedeutung bereits richtig eingeschätzt und in bestimmtem Sinn geregelt ist, gewiß Anregung genug gegeben haben würde.

Infolge der Unvollständigkeit seiner Normierung entzog sich das ER.institut längere Zeit auch einer genaueren prozeßpolitischen Beurteilung, wenn an einer solchen, nachdem das Verf. v. d. ER. bereits Gesetz geworden war, wenigstens solange, als ausgiebige Erfahrungen aus der Praxis noch nicht vorlagen, auch wohl kein unmittelbareres Interesse bestand. Seither aber haben sich die Gerichte in nunmehr bald zehnjähriger Praxis mit dem ER.institut befaßt und wiederholt auch zu diesem geäußert. An praktischer Erfahrung fehlt es also nicht mehr. Da zudem der Referentenentwurf einer ZPO. von 1931, §§ 469 ff. vorschlägt, das Vorb. verf. — wie es scheint — in der Gestalt, die ihm die Novelle 24 gegeben hat, in das künftige Verfahrensgesetz zu übernehmen, dürfte es daher an der Zeit sein, die Frage, ob das ER. verf. die Aufgabe, die ihm von der Gesetzgebung übertragen wurde, seiner ganzen Anlage und Struktur nach zu erfüllen vermag, ob es wirklich eine geeignete Maßnahme zur Beschleunigung und zur Rationalisierung des Kollegialprozesses ohne wesentliche Beeinträchtigung der Güte dieses Verf. ist, ihrer großen Bedeutung wegen einmal eingehender zu erörtern.

Das gilt umsomehr, als der Entwurf 1931 in seiner Begründung der ernsten Problematik des ER.instituts, die seinen Wert keineswegs über jeden Zweifel erhaben erscheinen läßt, nicht gerecht wird, sondern sich unter Verzicht auf jegliche Aus-

---

[5]) Heinsheimer, Leipz. Z. 1914, 49; Lobe, DRZ. 1913, 715; Wildhagen in Verhandlungen des 31. Dtsch. Juristentags 1912, Bd. III, S. 826.

[6]) Preuß. AGO. von 1793, I, Tit. X, § 46.

einandersetzung mit den großen Schwierigkeiten, die das Vorb. verf. bereitet, indem es die Einheit des Verf.s zerbricht, darauf beschränkt das Verf. v.d.ER. für „unentbehrlich" zu erklären[7]). Und das, obwohl die führenden Prozessualisten die Vorzüge des Vorb.verf.s keineswegs sehr hoch einschätzen[8]), und auch eine große Zahl der Richter und Rechtsanwälte, die das Verf. praktisch erprobt haben, diesem ablehnend gegenüber steht und erklärt, daß es allen Erfahrungen nach das Ziel der Verfahrenskonzentration nicht erreiche, ja umgekehrt vielfach prozeßverschleppend wirke[9]).

Bei diesem Auseinandergehen der Meinungen über den Wert des Vorb.verf.s dürfte es eine der wichtigsten Aufgaben der Diskussion über den künftigen Neubau des Zivilverfahrens sein, eine Verständigung darüber herbei zu führen, ob der von der Novelle 1924, dem E. sowie der Novelle vom 27. 10. 1933 beschrittene, bezw. beibehaltene Weg, das Verf. von der Seite der Gerichtsinstitutionen her zu rationalisieren, gangbar ist. Die Frage, ob die wichtigeren Klagssachen künftig einheitlich verhandelt werden sollen oder vor zwei Gerichtsorganen ist für die Güte des ganzen Rechtsschutzverf.s so eminent entscheidend, daß die Neuordnung des Zivilprozesses sie unbedingt einer befriedigenden Lösung zuführen muß. Es läßt sich nicht bestreiten, daß eine ganze Anzahl von Maßnahmen, welche die Novelle 1924 zur Disziplinierung des Verf.s eingeführt hat, sich in einer Weise bewährt haben, daß ihrem Übergang in die endgültige Neuordnung des Verfahrensrechtes ernstliche Bedenken nicht entgegen stehen. Umso mehr darf das ER.institut, gegen welches so zahlreiche Einwendungen geltend gemacht worden sind, beanspruchen, daß man sich mit seinem prozeßpolitischen Problemen sorgsam befasse, und sich insbesondere im Hinblick auf die Grundfragen der Prozeßpolitik mit ihm unvoreingenommen auseinandersetze. Von einer Gesetzgebung, die sich weitgehend technische Ziele stellt, die nach Rationalisierung und Konzentrierung des Verf.s strebt, ist in der

---

[7]) E. Begr. S. 260. 342. 357.

[8]) Vgl. etwa Rosenberg Lehrb. 3 § 19, 2 sowie § 110 I, desgl. DJZ. 1931, 48; Blomeyer Jur. Blätter 1932, 124, sowie Sächs. Rspfl. Arch. 1932. S. 329; Richard Schmidt „Das neue Zivilprozeßrecht" Sonderheft der Rhein.Z. S. 56, sowie Rhein.Z. 1925, S. 125 ff.; Pollak Z. ausl. PR. 1929, 919.

[9]) Weiß a.a.O.; Höpner a.a.O.; Hepke a.a.O.; Hermann DJZ. 1932, 394; Jacoby LZ. 1925, 75: „Das Ziel der Novelle, Prozeßbeschleunigung wird nur erreicht durch ein Abrücken vom Einzelrichter"; Reinberger JR. 1932, 91: „Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist eine Marotte des Gesetzgebers". Auch Baumbach DJZ. 1931, 1229 räumt ein, daß der ER. „versage". Die Schuld gibt er allerdings nicht dem Gesetz, sondern angeblicher Verantwortungsscheu der Richter. Hiergegen nachdrücklich Hepke. — Für das Verfahren vor dem Einzelrichter erklären sich dagegen Sauerländer a.a.O. S. 26 ff.; Preiser zit. in E.begr. S. 357; Römer DRZ. 1932, 80 und sehr eingenommen Bornkessel Sächs. Rspfl. Arch. 1932, S. 396.

Wahl ihrer Mittel ganz besondere Sorgfalt zu erwarten. Da derartige gesetzgeberische Zwecke sich nur mit Maßnahmen, die ihrer Natur nach mit einer optimalen Erfüllung der Rechtsschutzaufgabe unvereinbar sind[10]), erzielen lassen, muß Gewähr dafür bestehen, daß deren Einsatz auch tatsächlich von Erfolg ist, damit Eingriffe in die bewährten Garantien für die Erzielung einer guten Entscheidung, die dem Prozeß keinerlei auch nur formalen Nutzen einbringen, von vornherein unterbleiben.

Die Diskussion über die Zivilprozeßreform ist in Deutschland ausnahmslos von Nützlichkeitserwägungen geleitet. Ein Traditionalismus, der am Althergebrachten festhalten will, wie er in anderen Ländern etwa in Frankreich zum erheblich mitbestimmenden Faktor geworden ist, tritt bei uns in der Debatte nirgends zu Tage. Umso mehr wird man von der Gesetzgebung daher verlangen dürfen, daß sie ein Verfahrensgesetz aus einem Guß schafft und bei jeder ihrer Maßnahmen sorgsam prüft, ob dieselbe auch mit den Grundlagen des Verfahrens-Systems im Einklang steht. Im besonderen Maße gilt das natürlich von einem für den ganzen Prozeß so maßgebenden Institut, wie es das Verf. v. d. ER. ist. Nachdem ein Zweifel darüber nicht bestehen kann, daß die Form der Justizgewährung in engstem Zusammenhang steht mit den materiellen justizgestaltenden Prinzipien, war vom E., der mittels Einführung der rechtlichen Wahrheitspflicht und der eidlichen Parteivernehmung die zivilprozessuale Kognition aufzufrischen und zu modernisieren unternimmt, daher nicht zuletzt auch eingehende Auskunft darüber zu erwarten, wie sich das durch die Novelle 24 in die Verf.sordnung von 1879 eingesetzte und nun zu übernehmende ER.institut voraussichtlich im Körper des neuen Verf.s auswirken wird, ob es die genannten, eine Steigerung der materiellen Richtigkeit der zivilprozessualen Kognition bezielenden Maßnahmen unterstützen oder hemmen werde. Leider enttäuscht auch in dieser Hinsicht der E., der dem Vorb.verf. nicht nur eine sorgfältige allgemeine Würdigung schuldig bleibt, sondern sich auch die wirkliche Einarbeitung des Novellenrechts in das neue Verfahrensgesetz nicht genügend hat angelegen sein lassen[11]). Infolgedessen ist z. B. der wichtigen Frage des Verhältnisses der eidlichen Parteivernehmung zum Vorb.verf. eine Behandlung nicht zuteil geworden (wie etwa auch das Verhältnis gewisser Konzentrationsbestimmungen zum neuen

---

[10]) Wenn Sauerländer a.a.O. S. 9 von der Intention der Konzentrationsbestimmungen meint, der Prozeß solle so schnell, wie mit den Erfordernissen der Richtigkeit vereinbar, entschieden werden, so ist das nicht ganz zutreffend. § 279 ZPO. zeigt, daß Beschleunigung des Verfahrens gegebenenfalls auch auf Kosten der Richtigkeit und Vollständigkeit der Entscheidung angestrebt wird.

[11]) Vgl. auch Rosenberg ZZP. 57, S. 189 „Die Neuerungen sind vielfach auf den Stoff der ZPO. gewissermaßen nur aufgeklebt".

Rechtsstoff z. B. der Zurückweisungsbefugnis gegenüber verspätetem Vorbringen zur allgemeinen Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht als Grundlage für eine richtige Rechtsfindung[12]), eine Klärung nicht gefunden hat. Auf diese Weise kann der Eindruck entstehen, als wäre das ER.institut, obgleich es dem ersten Anschein zuwider doch sicherlich weit mehr eine Maßnahme der Verfahrens- als der Gerichtsorganisation ist, für charakteristische Eigenschaften eines Prozesses unempfindlich, ein Verfahrensgebilde, welches sich ohne Veränderung seiner Bedeutung und Tragweite ohne weiteres in ein ihm ursprünglich fremdes Prozeß-System einfügen läßt. Wie wenig dies zutrifft, zeigt indessen die Tatsache, daß es schon für die Frage des Bedürfnisses, den Kollegialprozeß durch den ER. vorbereiten zu lassen, keineswegs unerheblich sein kann, ob ein Gesetz die Parteien zu wahrheitsgemäßen und vollständigen Angaben verpflichtet und motiviert, oder ob es seine Aufgabe dahin auffaßt, sich gegebenenfalls auch mit einem durch vage Prozeß-Spekulationen bestimmten, den Streit komplizierenden Parteiverhalten grundsätzlich abfinden zu müssen. Auf das Verhältnis des Verf.s v. d. ER. zu dem in entscheidenden Punkten vom E. und diesem folgend von der Novelle 1933 reformierten Prozeß wird bei unserer Untersuchung der prozeßpolitischen Tauglichkeit des ER.instituts somit also besonders zu achten sein.

Um vor der Erörterung des Vorbereitungsverfahrens im einzelnen noch auf die allgemeine geistesgeschichtliche Situation desselben kurz einzugehen, so läßt sich sagen, daß das ER.institut in der Linie des sozialen Rechtspflegeideals liegt, dem zufolge es Aufgabe des Gerichts ist, die natürliche wirtschaftliche und moralische Ungleichheit der Parteien zu mildern und ihnen ratend und wegweisend zur Seite zu stehen, damit sie von möglichst gleich günstigen prozessualen Positionen aus um ihr Recht kämpfen. Das Verf. v. d. ER. will als institutionelle Sicherung der Mitwirkung des Gerichts bei der Zusammenfassung des Streitstoffs Garantie der Fürsorge für eine erschöpfende Prozeßerörterung sein und ist insofern eine Fortbildung des Gedankens des § 139 ZPO. Es bezweckt Stärkung der Gerichtsgewalt zwecks richtiger und erschöpfender Prozeßbehandlung, in der Erwägung, daß der Zivilprozeß

---

[12]) Die gerichtliche Zurückweisungsbefugnis gegenüber schuldhaft verspätetem, verzögerlichem tatsächlichem Vorbringen — — § 529, II, III ZPO. ist vom E. sogar in eine Mußvorschrift verwandelt worden, E. § 494. II. III — — sanktioniert einerseits in gewissem Sinn die Pflicht der Parteien zur Vollständigkeit der Tatsachenanführung E. § 223, III, tritt aber andererseits in Widerspruch zu dieser Bestimmung, wenn man in der Wahrheitspflicht die Wegbereiterin für eine richtige Rechtsfindung erblickt. Ist das tatsächlich ihre Intention, so kann das Gericht nicht wohl zum Verzicht auf die Vollständigkeit der Urteilsgrundlagen berechtigt und noch weniger u. U. hierzu verpflichtet sein!

für das Gemeinwohl wie für die beteiligten Privatpersonen ein viel zu bedeutender Vorgang ist, als daß die prozessuale Sachgestaltung dem freien Spiel der oft ungleichen Kräfte sowie der vielfach verschiedenen Energie und Prozeßerfahrung der Parteien allein überlassen werden könnte. Die Verwirklichung dieser Tendenzen mittels des besonderen Verfahrens vor dem Einzelrichter aber erschien veranlaßt, weil eine wirksame gerichtliche Unterstützung der Parteien, auf die es vor allem im Vorbereitungsstadium des Prozesses ankommt, in diesem aus ökonomischen Gründen seitens des vollbesetzten Prozeßgerichts nicht zugesichert werden konnte, das Prinzip richterlicher Fürsorgepflicht im Kollegialprozeß also auf die Form eines besonderen Vorb.verf.s angewiesen zu sein scheint[13]).

§ 2

Ueber die Zuständigkeit des Einzelrichters.

Im Verf. v.d.ER.[14]) wie es in den §§ 348 ff. ZPO. in der Fassung der Novelle vom 13. 2. 1924 normiert ist und vom E. 31 sowie der Novelle 1933 in seinem äußeren Aufbau unverändert übernommen wird, lassen sich zwei Bezirke einzelrichterlicher Tätigkeit unterscheiden. Die eigentliche Aufgabe des ER.s liegt in der richterlichen Vorbereitung der Schlußverhandlung vor dem urteilenden Mehrheitsgericht, in der Vorbereitungstätigkeit, wie man sämtliche Handlungen des ER.s, die den Zweck haben, den Prozeß auf die abschließende Ver-

---

[13]) In dieser Auffassung kann sich die moderne Rechtspolitik auf die Friderizianische Prozeßgesetzgebung berufen, die in Hinsicht auf ihr Reformziel: Richter und Parteien, die der römisch-kanonische Prozeß voneinander losgelöst hatte, zu gemeinsamer Erledigung der Prozeßaufgabe wiederum zusammenzuführen, damit an Stelle des „um den praktischen Erfolg seines Spruches unbekümmerten Rechtslogikers" des fremden Prozesses wiederum der rechtsgenössisch eingestellte Richter des altnationalen Verfahrens trete — in ein besonderes Instruktionsverfahren bekanntlich gleichfalls hohe Erwartungen gesetzt hat. Preuß. AGO. von 1793 Tit. X §§ 1 ff. Hierzu J. Chr. Schwartz „400 Jahre Deutscher Zivilprozeßgesetzgebung" 1839, insbes. S. 522 ff. — — Über Zeugnisse eines einzelrichterlich vorbereiteten Kollegialprozesses aus einer Zeit, in der das Vorbereitungsverfahren und die Zweiteilung des Prozesses noch nicht Produkt rechtspolitischer Entscheidung, bewußter Zweckgestaltung des Verfahrens sein kann, sondern eine unmittelbar aus der geschichtlichen Entwicklung, den Bestrebungen zur Verstaatlichung, zur Verweltlichung oder zur Zentralisierung des Gerichtswesens hervorgegangene Erscheinung bedeuten dürfte vgl. Georg Lautner „Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht" 1922 S. 25 ff., 68 ff.

[14]) Karl Heinsheimer, „Der neue Zivilprozeß, insbesondere das Verfahren vor dem Einzelrichter" 2. 1924; Richard Kann „Der Einzelrichter" ZZP. 49, 111 (1925); Hans Otto „Das Verfahren vor dem Einzelrichter" (Sep.Abz. a. d. Sächs. Rspfl. Arch.) 1928; Willy Püschel „Der Einzelrichter und seine Zuständigkeit" 1925; Theodor Sonnen „Einzelrichter und Prozeßgericht" Gruch Beitr. 67, 475 (1925).

handlung und Entscheidung durch das Mehrheitsgericht vorzubereiten, bezeichnen kann. Innerhalb dieser handelt der ER. wenn er Parteihandlungen entgegennimmt (Anträge, Behauptungen oder Beweisanträge), wenn er Beweise anordnet und aufnimmt, mittels prozeßleitender Maßnahmen in das Verfahren eingreift, aber auch, wenn er in nicht-klagabweisendem Sinn urteilsmäßig über prozessuale Punkte entscheidet.

Neben dieser Förderungsaufgabe, die zu erfüllen ist im Hinblick auf eine spätere Tätigkeit des Mehrheitsgerichts in der Sache, ist dem ER. auch die Zuständigkeit verliehen worden in bestimmten Fällen selber die Entscheidung zu treffen. Alsdann erweitert sich die Teilzuständigkeit des ER.s, die in der Zuweisung der Vorbereitungsaufgabe an ihn besteht, dahin, daß der ER. für die ganze richterliche Behandlung des Prozesses in der Instanz unter Ausschluß des Kollegiums zuständig wird. Diese Zuständigkeitserstreckung, die Regelung, daß sich die ursprüngliche Vorbereitungszuständigkeit des ER.s unter Umständen zu einer Endentscheidungs- und damit zu richterlicher Vollzuständigkeit auswächst, ist notwendig, um die Erfüllung der Vorbereitungsaufgabe des ER.s vor Parteiwillkür sicherzustellen. Sie hat außerdem den Zweck, dem Verfahren die Verzögerungen zu ersparen, die entstehen könnten, wenn der Rechtsstreit zum Erlaß gewisser Formalentscheidungen erst noch vor das Mehrheitsgericht gestellt werden müßte. Ist aber bei Säumnis einer oder beider Parteien ohne Zuständigkeit des ER.s zur Endentscheidung nicht auszukommen, so liegt es nahe, auch den übereinstimmenden ausdrücklichen Parteiwillen zu befähigen, diese Wirkung herbeizuführen. Deshalb hat die Gesetzgebung auch eine Ermächtigung des ER.s zur Endentscheidung durch die Parteien im gewissen Umfang anerkannt, ohne indessen den ER. auch zu verpflichten, unter diesen Voraussetzungen zu urteilen.

Die Eigenart der einzelrichterlichen Zuständigkeitsordnung besteht also darin, daß der ER. aus einem zur Erledigung einer beschränkten Prozeßaufgabe verwendeten Hilfsorgan des Mehrheitsgerichts unter Verdrängung jeder Tätigkeit desselben zum abschließend urteilenden Gericht der Klagssache für die Instanz werden kann. Die Zuständigkeit des ER.s, der Idee nach auf die Vorbereitung der Kollegialgerichtstätigkeit beschränkt, ist erweiterungsfähig innerhalb bestimmter gesetzlicher Grenzen und erfährt ihre jeweilige Konkretisierung erst während des Verlaufs des einzelnen Prozesses.

---

1. Kapitel.

§ 3

I. Die Rechtsstellung des Einzelrichters nach dem Recht der Novelle 1924.

Die Novelle von 1924 hat, wie schon erwähnt, das Verhältnis des ER.s zum Mehrheitsgericht, dessen Bestimmtheit für die praktische Handhabung des ER.instituts von grundlegender Bedeutung ist, nicht wie es erforderlich gewesen wäre in jeder Weise klar gestellt, sondern die Ausmittlung der rechtlichen Stellung des ER.s Schrifttum und Rechtsprechung überlassen.

Immerhin findet sich über die Rechtsstellung des ER.s eine wichtige Andeutung in § 350 II ZPO., wo bestimmt ist, daß die Entscheidungen des ER.s in gleicher Weise anfechtbar sind wie die entsprechenden des Mehrheitsgerichts[15]). Die Tragweite dieser Bestimmung ist zwar nicht unstreitig. Da im Gesetz dem ER. bestimmte Entscheidungen ausdrücklich zugewiesen sind, die Zulässigkeit auch andrer aber unzweifelhaft aus der allgemeinen Vorbereitungsaufgabe des ER.s sich ableiten läßt[16]), mußten Zweifel darüber entstehen, welche Entscheidungen des ER.s § 350 II erfaßt. Sind sämtliche Entscheidungen des ER.s denjenigen des Kollegiums, was ihre Anfechtbarkeit betrifft, gleichwertig, sodaß der ER. die Instanz, innerhalb deren er bestellt wurde, bei allen Entscheidungen voll und ausschließlich repräsentiert — oder ist er nur bei den vom Gesetz ihm ausdrücklich zugewiesenen Entscheidungen — „das Gericht im Stadium dieses Verfahrens", sonst aber nur Prozeßgehilfe des Mehrheitsgerichts, dem beauftragten Richter nicht unähnlich? Die herrschende Meinung vertreten durch Heinsheimer[17]), Püschel[18]), Kann[19]), Otto[20]) gibt dem ER. nicht nur in Fällen ausdrücklicher gesetzlicher Entscheidungsermächtigung, sondern auch bei den in Wahrnehmung der allgemeinen Vorbereitungsaufgabe ergehenden Entscheidungen Selbständigkeit gegenüber dem Kollegium und läßt daher die Beschwerde zum

---

[15]) Zu Unrecht bestreitet Sonnen Gruch.Beitr. 67, 487, daß aus der Art wie die Entscheidungen des ER.s anfechtbar sind, ein Rückschluß auf dessen Rechtsstellung möglich ist. Vgl. auch Otto S. 88;

[16]) Püschel S. 85 ff. Stein — J. A. V 1 zu § 349; Rosenberg § 110 IV 3 mit Rspr.nachw.

[17]) „Der neue Zivilprozeß" S. 20;

[18]) „Der Einzelrichter" S. 11 ff.

[19]) „Die ZPO." Note 3 zu §§ 348—350 S. 185, sowie ZZP 49, 111—114.

[20]) Sächs.Rspfl.Arch. 1923 S. 86 ff.

Mehrheitsgericht gegenüber Entscheidungen des ER.s in keinem Fall zu. Dagegen will Sonnen[21]) auf Entscheidungen des ER.s, die diesem nicht ausdrücklich vom Gesetz zugewiesen sind, § 350 II nicht anwenden, sieht insoweit den ER. als Gehilfen des Mehrheitsgerichts an und räumt den Parteien gegen nicht ausdrücklich zugelassene Entscheidungen des ER.s in Analogie von § 576 ZPO. die Beschwerde zum Kollegium ein.

Die Stellungnahme zu dieser Frage kann, wofern man sich frei hält von prozeßpolitischen Erwägungen, die an der Aufstellung eines selbständig gegenüber dem erkennenden Gericht vorbereitenden Gerichtsorgans in gewisser Weise Anstoß nehmen müssen, nicht schwierig sein. Wenn das Gesetz unter Beibehaltung des Instituts des beauftragten Richters ohne ausdrücklich eine Beziehung mit diesem aufzunehmen in den Kollegialprozeß einen Alleinrichter einschaltet, dessen Aufgabenkreis in einer Zuständigkeitsordnung eigens festgelegt und das Tätigwerden dieses Richters in einem besonderen „Verfahren" anordnet, so ist schon damit allein eine deutliche Abkehr der neuen Regelung vom überkommenen Richterkommissar vollzogen und zum Ausdruck gebracht. Weiter ist kaum anzunehmen, daß die Novelle, welche gegen jene einschneidenden Urteile, die der ER. auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung erläßt, nur das Rechtsmittel zur höheren Instanz gibt, den Parteien bei den regelmäßig minder bedeutungsvollen prozeßleitenden Entscheidungen des ER.s das Abhilfeverfahren in Analogie zu § 576 ZPO. eröffnet haben sollte. Vor allem aber war doch der offensichtliche gesetzgeberische Zweck des ER.verf.s die Entlastung des Kollegiums. Wäre dieses bezgl. einer ganzen Reihe von prozeßleitenden Entscheidungen Beschwerdeinstanz, so würde dieses Ziel gewiß nicht erreicht worden sein. Auch die unverzögerliche Abwickelung des Zivilverfahrens, der das ER.institut dienen will, wäre alsdann in Frage gestellt. Der ER. dürfte, was seine Entscheidungen betrifft, sonach also sicherlich zu einem gegenüber dem Mehrheitsgericht ausnahmslos selbständigen Gerichtsorgan gemacht worden sein.

Welches aber ist die Rechtsstellung des ER.s gegenüber dem Prozeßgericht bei seiner Vorbereitungstätigkeit, soweit dieselbe nicht im Erlaß von Entscheidungen besteht? Diese Frage betrifft das für die Rechtsstellung des ER.s nicht minder wichtige, von der Novelle 24 gleichfalls nicht ausdrücklich geregelte Problem, bei wem die Bestimmung der Dauer des Vorbereitungsverfahrens liegt. Befindet der ER. selbständig darüber, wie lange einzelrichterliche Vorbereitungstätigkeit veranlaßt ist oder kommt die Entscheidung hierüber dem Prozeßgericht oder etwa dem Vorsitzenden zu? Die grundlegende

---

[21]) „Das neue ZP-Recht" Note II 8 zu §§ 348—350, S. 109, Note III 1 S. 110 sowie in Gruch.Beitr. 67. 474 ff.

Bedeutung dieser Frage für die ganze Struktur des ER.instituts zeigt sich, wenn man bedenkt, daß die Befugnis über das Zeitmaß des Vorbereitungsverfahrens zu entscheiden, zugleich das Recht auf die inhaltliche Ausgestaltung desselben, auf die Wahl der einzelnen richterlichen Vorbereitungshandlungen begründet, wie noch eingehend darzulegen sein wird[22]). So ist es verständlich, daß im Schrifttum gerade diesem vom Novellengesetzgeber sehr zu Unrecht vernachlässigten Problemen viel Aufmerksamkeit zuteil wurde, und daß bei den verschiedenen Lösungsversuchen auch die allgemeine Einstellung zum Vorbereitungsverfahren eine nicht unbeträchtliche Rolle gespielt hat[22]a).

Nach dem Recht der Novelle von 1924 dürfte dem ER. die endgültige Entscheidung über die Verhandlungsreife des Prozesses sowohl im positiven wie im negativen Sinn zustehen. Dem ER. der §§ 348—350 der 1924 nov. ZPO. kann das Vorbereitungsverfahren vom Prozeßgericht nicht entzogen werden, wie er andererseits nicht behindert ist, jederzeit wirksam gegenüber allen Beteiligten den Prozeß in das kollegiale Abschlußverfahren zu überführen[23]) mit der Wirkung, daß eine Zurückleitung des Rechtsstreites zur weiteren Vorbereitung seitens des Mehrheitsgerichts für ihn nicht verbindlich ist[24]). Der ER. bestimmt das Zeitmaß des Vorbereitungsverfahrens.

Unter den Vertretern gegenteiliger Ansichten nimmt insbesondere Heinsheimer den Standpunkt ein, daß dem Vorsitzenden, der den ER. zu bestellen hat, auch die endgültige Entscheidung über die Verhandlungsreife zusteht[26]). Indessen aus der Befugnis des Vorsitzenden, den ER. zu bestellen, läßt sich dieses Recht des Vorsitzenden wohl ebenso wenig ableiten wie es durch den Hinweis auf das Recht des Vorsitzenden nach Abschluß des Vorbereitungsverfahrens Termin zur Verhandlung vor dem Mehrheitsgericht anzuberaumen, ge-

---

[22]) Zu Unrecht behauptet daher Püschel S. 26, die Regelung der Verhandlungsreifeentscheidung (Vhs-reife-Entsch.) könne die Unabhängigkeit des ER.s nicht berühren.

[22]a) Die folgenden (vor dem Oktober 1933 geschriebenen) Ausführungen zur innergerichtlichen Stellung des ER.s nach der Novelle 24 haben angesichts der Änderung des Rechtszustands durch die Novelle 1933 (§ 349 II 4 der 1933 Nov. ZPO.) heute kein unmittelbar positiv rechtliches Interesse mehr, können aber jedenfalls soweit sie über die dogmengeschichtliche Situation, auf deren Grundlage die Novelle 33 ergangen ist, referieren, im Zusammenhang unserer sich in eingehender Darstellung mit dem § 349 II 4 der 1933 nov. ZPO. befassenden Abhandlung nicht entbehrt werden.

[23]) Ebenso Stein-Juncker, Grdriß 2. S. 202; Kann „Die ZPO." S. 188 sowie in ZZP. 49, 116; Püschel, S. 30; Otto S. 133 der mit Recht bemerkt, daß diese Regelung aber die ernste Gefahr einer unzweckmäßigen Prozeßgestaltung in sich birgt.

[24]) Vgl. auch Püschel S. 32 und Otto a. a. O.

[26]) „Der neue Zivilprozeß" S. 23, ähnlich auch Freudenthal Sauerländer 1926, A.15 zu § 349.

rechtfertigt werden kann. Das Terminbestimmungsrecht des Vorsitzenden § 349 II 3 entspricht nur dessen Aufgabe, innerhalb des bereits eröffneten kollegialen Abschlußverfahrens wieder für den äußeren Fortgang des Prozesses, für den amtsweisen Prozeßbetrieb zu sorgen. Es beinhaltet daher keinesfalls die Befugnis, auch selber den Beginn dieses Verfahrensabschnittes festzulegen. Begründeter erscheinen von vornherein die Meinungen, welche nicht dem Vorsitzenden die Vhsreife-Entsch. einräumen, sondern dieselbe dem Kollegium zusprechen.

Diese Lehre ist in drei Variationen vertreten worden. 1. Stein-Jonas[27]) gibt bei Meinungsverschiedenheit zwischen ER. und Vorsitzendem die maßgebende Entscheidung über die Verhandlungsreife dem Kollegium nur dann, wenn der ER. das Vorb.verf. abgeschlossen hat[28]). Dagegen wird dem vollbesetzten Gericht die Entscheidung über die Vhs.-reife versagt, wenn das Vorb. verf. vom ER. noch nicht beendet worden ist. Denn, so wird ausgeführt, es erscheine nicht zulässig, daß das Kollegium eine Sache gegen den Willen des ER.s an sich zieht, weil bis zur Abgabe an die Kammer diese mit der Sache nicht befaßt ist und eine allgemeine Kontrolle über den ER. ihr nicht zustehe. Gegen diese Ansicht ist zunächst wie gegen alle Theorien, die dem Kollegium das Recht geben, Fortsetzung des Vorb. verf.s zu verlangen, vorzubringen, daß die einzige Gesetzesstelle, die für die vorliegende Frage einschlägig ist, § 349 II 2 ZPO. ihr entgegensteht. Denn wenn hier mit ausdrücklichen Worten es in das Ermessen des ER.s gestellt wird, ob er selbst Beweise anordnen und erheben oder dies dem Mehrheitsgericht vorbehalten will, so ist jedenfalls für das Kernstück einzelrichterlichen Tätigkeit[29]) dessen völlige Unabhängigkeit gegenüber dem Kollegium statuiert. Der ER., dem das Kollegium die Sache nach Abschluß des Vorb. verf.s zurückgibt, darf sich unzweifelhaft weigern, Beweise anzuordnen und zu erheben, ist also zu einer Tätigkeit, die das Kollegium ernstlich entlasten

---

[27]) Kom. I 1928 A. VIII § 349.

[28]) Die pos.Vhs.-reife-Entsch. des ER.s wird also nur vorbehaltlich ihrer Billigung durch das Prozeßgericht für wirksam gehalten.

[29]) Will man, daß der ER. regelmäßig Beweise gar nicht anordnet und erhebt, sondern nur den Sach- und Streitstand mit den Parteien erörtert und die Ergänzung unvollständigen Vorbringens anregt, so wird das Vorb.-verf. in größeren Prozessen niemals eine Entlastung des Kollegiums bis auf eine Schlußverhandlung erreichen können und für die kleineren nachgerade zu einer unrationellen Einrichtung! Das ER.institut will die Unmittelbarkeit der Beweishandlungen allerdings nicht grundsätzlich beseitigen. Das ergibt schon der Text des § 349 II 2 ohne weiteres und gegenüber der gegenteiligen Auffassung der Gerichte setzt sich der E. in § 470 II 2 wie in seiner Begr. S. 281, 341 ff. und noch deutlicher § 349 II 2 i.d.F.d.Nov. 1933 aufs entschiedenste für die Unmittelbarkeit der Beweiserhebungen ein. Nach dem ganzen Wesen des ER.verf.s sowie im Hinblick auf das Ziel des Eintermins vor dem Prozeßgericht kann dieses Ein-

würde und nur um derentwillen käme ja eine Ablehnung der Überleitung ins Abschlußverfahren durch das vollbesetzte Gericht in Frage, nicht verpflichtet. Der ER. kann bei seiner durch den Abschluß des Vorb. verf.s geäußerten Ansicht über die Vhs.-reife beharren und weitere, das Kollegium entlastende Tätigkeit als für die prozessuale Behandlung der Streitsache unangemessen ablehnen. Bei dieser Sachlage würde man eine nutzlose Verzögerung des Verf.s zulassen, wenn man dem Mehrheitsgericht das Recht gäbe, entgegen dem Willen des ER.s die Übernahme des Prozesses zu verweigern. Weiter ist zu bemerken, daß die Auffassung von Stein-Jonas, die dem ER. die endgültige, positive Entscheidung über die Vhs.-reife versagt, die negative ihm dagegen zubilligt, aber auch in sich wenig konsequent ist. Lassen sich doch schwerlich Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der positiven und negativen Vhs.-reife-Entsch. finden. Denn wie einerseits die Verantwortlichkeit des ER.s für seine Amtshandlungen es erfordert, daß er ebenso wie über den Inhalt seiner Tätigkeit auch über deren Zeitmaß in jedem Fall zu befinden hat, würde umgekehrt das Interesse an der Wahrung der inneren Einheit des Verf.s für ein ausnahmsloses Entscheidungsrecht des Kollegiums über die Vhs.-reife sprechen! Hält man aber trotzdem eine unterschiedliche Regelung für denkbar, so wäre aus sachlichen Erwägungen doch sicher die umgekehrte Lösung als die von Stein-Jonas gegebene veranlaßt: nämlich das Kollegium in dem Fall entscheiden zu lassen, indem es vom ER. keine Tätigkeit mehr verlangt. Positiv rechtlich wie aus allgemeinen Erwägungen scheint die Ansicht, welche den ER. vor der Entziehung der Sache durch Vorsitzenden oder Kollegium bewahrt, eine Rückleitung der abgegebenen Sache an ihn aber zuläßt, also unhaltbar.

2. Zumindest formell einwandfreier ist Rosenberg's Ansicht[30]). Danach ist es dem Kollegium gleichfalls verwehrt, dem ER. die Sache zu entziehen. Aber auch der Abschluß des

---

treten für die Beweisunmittelbarkeit jedoch kaum mehr bedeuten als eine Mahnung, sich der großen Bedeutung der Entscheidung über die Form der Beweiserhebung bewußt zu sein, in der Erwägung, daß gerade das ER.-institut ein feines Verständnis dafür, ob im Einzelfall unmittelbare Beweiserhebungen notwendig sind oder nicht, voraussetzt. Die Schärfung des Gewissens der Richter in der Frage der Unmittelbarkeit wie sie der E. und noch eindringlicher die Novelle 1933 unternimmt, will also kein einseitiger Appell zu gunsten der Unmittelbarkeit sein. Würde doch eine weitgehende Durchführung derselben das ganze Vorb.verf. praktisch lahm legen, wie neuestens auch Rosenberg ZZP. 57, S. 281 ff. feststellt. So erwünscht also auch die Unmittelbarkeit an sich wäre, bei Durchführung eines Vorb.-verf.s, welches auf den kollegialen Eintermin ausgerichtet ist, kann sie nicht gewollt sein! Zu Unrecht wird daher die Notwendigkeit der Erhebung der meisten von den zahlreichen Beweisen, die ein größerer Prozeß nötig macht, durch den ER. — vielfach bestritten. So etwa von Volkmar, Judicium IV, 251 ff. insbes. 263.

[30]) Lehrb. 3. § 110 III, 3c.

Vorb. verf.s durch den ER. wird nicht unmittelbar einer Überprüfung durch das Kollegium unterstellt. Es wird dem Mehrheitsgericht zwar das Recht zugesprochen, die Sache an den ER. zurückzuweisen, aber nur nach einer mündlichen Verhandlung. Durch diese Einschränkung will Rosenberg wohl zum Ausdruck bringen, daß die Billigung des Abschlusses durch das Kollegium keineswegs zur endgültigen Wirksamkeit der Abschlußverfügung des ER.s als solcher gehört — wie Stein-Jonas annimmt, der diese Billigung zu einer Wirksamkeitsvoraussetzung des Abschlusses macht — der ER. vielmehr befugt ist, nach eigenem Ermessen auch wirksam abzuschließen. Erst wenn die Situation, welche die Entscheidung des ER.s über die Verhandlungsreife bestimmt hat durch den Gang des Prozesses überholt erscheint, komme wieder eine Entscheidung über die Vhs.-reife in Frage, die nun dem Kollegium zusteht und wie Rosenberg meint, im Widerspruch zu der an sich wirksamen Abschlußverfügung des ER.s ergehen könne. Ob eine derartige Rückweisungsbefugnis des Kollegiums kraft neuerlicher Entscheidungszuständigkeit (natürlich) an ein und denselben ER.[31]) sich angesichts des § 349 II 2 begründen läßt, erscheint überaus zweifelhaft. Jedenfalls aber hat die Lehre Rosenberg's den Vorzug größerer Folgerichtigkeit, da sie das angebliche Rückverweisungsrecht des Kollegiums von der Vhs.-reife Ent. des ER.s als solcher trennt und dieser damit in jedem Fall, sei sie positiven, sei sie negativen Inhalts, volle Wirksamkeit gibt. Nur dann wohl fehlt auch nach Rosenberg dem ER. die positive Entsch. über die Vhs.-reife, wenn das Kollegium von seinem angeblichen Recht, die Sache ins Vorb.verf. erneut zu stellen, gerade erst Gebrauch gemacht hat.

Diese Einschränkung berührt sich nun offenbar mit Baumbach's Auffassung, der ganz allgemein den Satz aufgestellt hat: „es entscheidet stets das Kollegium über die Vhs.-reife, wenn es die Sache dem ER. überwiesen hat"[32]), derzufolge also die Art der Bestellung des ER.s von Einfluß auf die Rechtsstellung desselben sein soll. Dieser Standpunkt scheint indessen jeder Grundlage im Gesetz zu entbehren, welches ohne Rücksicht darauf, aus welchem Anlaß und in welchem Zeitpunkt des Verf.s der ER. tätig wird, den Aufgabenkreis desselben und seine Rechtsstellung festgelegt hat, weshalb der

---

[31]) Die Befassung mehrerer ER. mit ein und derselben Sache, die den Prozeß in gewissem Sinn einer mehrfachen Mittelbarkeit aussetzen würde, ist abgesehen von Gründen der Geschäftsverteilung und der Behinderung (§ 361 II in anal. Anwendung vgl. Blomeyer Sächs.Rspfl. Arch. 1924,145) wegen der Einheitlichkeit der Vorb.Aufgabe unzulässig.

[32]) Baumbach 6. Kom. A. 11 zu § 349. Daß es sich bei dieser Äußerung lediglich um eine vorsorgliche Aufstellung im Kampf für den abhängigen ER. handelt, zeigt die im Text unter 3 angeführte allgemeine Auffassung Baumbachs.

ER. niemals zum beauftragten Richter mit widerruflichem Mandat werden kann[33]). Und das ist praktisch nicht ohne Bedeutung. Denn wird der vom Kollegium berufene, wenn auch nicht persönlich bestimmte ER. nicht in besonderer von der typischen verschiedenen Rechtsstellung tätig, so ist die von Baumbach eröffnete Möglichkeit einer nach der Konstellation im Kollegium unter Umständen bequemen Wahl zwischen ER.n von verschiedener Rechtsstellung, die sich durch Verwendung einer bestimmten Bestellungsform treffen ließe, gesetzlich ausgeschlossen.

3. Nach der von Volkmar und Baumbach vertretenen Lehre[34]) über die Vhs.-reife.Entsch. schließlich ist das Mehrheitsgericht ermächtigt, nicht nur die Übernahme der Sache ins Vorb.verf. abzulehnen, sondern auch dem ER. gegen seinen Willen den Prozeß zu entziehen, weil dieser verhandlungsreif sei. Danach kann der Vorsitzende, wenn der ER. die Sache nicht abgibt, dieselbe trotzdem vors Kollegium ziehen. Dieser Standpunkt steht der vom E. vorgeschlagenen und von der Novelle 1933 übernommenen Behandlung unserer Frage nahe und hat in dieser Regelung folgende Formulierung gefunden. „Bei Meinungsverschiedenheit zwischen ER. und Vorsitzendem über die Vhs.-reife-Entsch. entscheidet das Mehrheitsgericht". Die Tragweite dieses Prinzips wird im weiteren Verlauf der Untersuchung genau geprüft werden[35]). Hier sei nur kurz vermerkt, warum die Befugnis des Kollegiums, dem ER. den Prozeß gegen seinen Willen zu entziehen, nicht bereits von der Novelle 1924 anerkannt sein kann.

Die Vhs.-reife-Entsch. ist für die Stellung des ER.s von größter Bedeutung. Räumt man sie dem ER. ein, so vervollständigt sich dessen Selbständigkeit, die in der einen Richtung durch § 350 II gesichert ist, in einer weiteren Beziehung. Bei dieser maßgeblichen Bedeutung der Vhs.-reife-Entsch. ist aber unzweifelhaft, daß diese keineswegs verschieden geregelt sein kann, je nachdem, ob der Vorsitzende oder ein anderes Gerichtsmitglied ER. ist, wenn eine solche Unterscheidung nicht ausdrücklich im Gesetz niedergelegt ist. Das ist im E. § 470 II 4 sowie in der Novelle 1933 geschehen, nicht aber im Recht der Novelle 1924. Auf eine unterschiedliche Behandlung des präsidialen und nichtpräsidialen ER.s aber käme es hinaus, wenn man dem Kollegium das Recht gäbe, das Vorb.verf. gegen den Willen des ER.s zu beenden. Denn läßt sich, wie sich Volkmar und Baumbach diesen Vorgang vorstellen, in einem vom ER. noch nicht abgeschlossenen Vorb. Verf. sei-

[33]) Eine innere Verwandschaft des ER.s mit dem beauftragten Richter wird von Sonnen Gruch.Beitr. 1925, 478 daher zu Unrecht angenommen.

[34]) Baumbach a.a.O., Volkmar die VO. von 1924 Einl. S. 23 sowie S. 139.

[35]) Vgl. die Ausführungen in den §§ 10—18 dieser Schrift.

tens des Prozeßgerichts über die Vhs.-reife nur entscheiden, wenn der Vorsitzende zuvor die Sache vors Kollegium gezogen hat, so könnte es gegenüber einem präsidialen ER., der die Fortsetzung des Vorb.verf.s für erforderlich hält, zu einem kollegialen Abschluß des Vorb.verf.s nicht kommen, weil das Kollegium rein zuständigkeitsmäßig garnicht in die Lage käme, in diesem Fall die Vhs.-reife-Entsch. zu treffen.

Will man ohne gesetzliche Ermächtigung eine durch die Natur der Sache nicht gerechtfertigte Bevorzugung des präsidialen ER.s nicht zulassen, diesem nicht eine größere Selbständigkeit gegenüber dem Kollegium einräumen als dem einfachen ER., so bleibt also nichts anderes übrig, als die Befugnis des Mehrheitsgerichts, dem ER. die Sache wegzunehmen, in jedem Fall zu verneinen. Daß andererseits die Ablehnung der Übernahme des Prozesses in das Schlußverfahren durch das Kollegium unstatthaft ist, wurde insbesondere im Hinblick auf § 349 II 2 bereits dargelegt.

Mithin ist festzustellen, daß der ER., dessen Entscheidungen einer Nachprüfung des Prozeßgerichts nicht unterliegen (§ 350 II), nach dem Recht der Novelle 1924 auch in der Bestimmung über Gegenstand und Zeitmaß seiner Vorbereitungstätigkeit vom Prozeßgericht unabhängig ist, in jeder Beziehung dem Mehrheitsgericht, dem er angehört (§ 350 I), gegenüber also gerichtsorganisatorische Selbständigkeit besitzt.

§ 4.

Die Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters.

In der Regelung des Vorb.verf.s durch das Gesetz und den E. lassen sich folgende Gebiete einzelrichterlicher Entscheidungsgewalt unterscheiden: Während die Entscheidungsbefugnis des ER.s nach ZPO. § 349 III, E. § 470 II auf dem Einverständnis der Parteien gründet, beruht die weitgespannte Entscheidungsvollmacht des § 349 I zi. 1—5, E. § 469 I zi. 1—7 ausschließlich auf dem Gesetz. Außerdem stehen dem ER. zahlreiche Entscheidungen zu, die weder vom geltenden Recht noch vom E. ausdrücklich im einzelnen zugelassen sind, zu denen der ER. aber als vom Gesetz ermächtigt anzusehen ist, weil ohne sie die Vorbereitungstätigkeit nicht zweckgemäß wahrgenommen werden könnte.

I. Die Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters nach § 349 I zi. 1—5 ZPO. bezw. § 469 I zi. 1—7 E.

a. Das geltende Recht und in gleicher Weise der E. 1931 leitet den Zuständigkeitskatalog mit den Worten ein: Der Einzelrichter „hat zu entscheiden", während sie bei der gewillkürten Entscheidungsbefugnis des Abs. III davon sprechen, der ER. kann „an Stelle des Prozeßgerichts" entscheiden.

Diese verschiedene Fassung der Ermächtigungsformel hat zu Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der einzelrichterlichen Entscheidungsbefugnis nach Abs. I Anlaß gegeben. Breit[36]) und Reinberger[37]) glaubten dieser entnehmen zu können, daß instanzbeendende Entscheidungen des ER.s, wie sie von Abs. III zweifellos zugelassen worden sind, nach Abs. I unzulässig seien, und daher weder über prozeßhindernde Einreden noch nach Lage der Akten ein Endurteil vom ER. gefällt werden könne.

Diese Ansicht ist indessen unzutreffend[38]). Wenn Reinberger sie mit dem Hinweis zu begründen sucht, daß eine Entscheidung, die im Berufungsverfahren gemäß §§ 523, 523 a vom ER. nicht einmal bei erklärtem Parteieinverständnis getroffen werden dürfe, unmöglich kraft Gesetzes gegen den Willen einer oder sogar beider Parteien vom ER. erlassen werden könne, so liegt diesem Schluß eine falsche Vorstellung vom inneren Aufbau der einzelrichterlichen Zuständigkeitsordnung zugrunde. Geht man von diesem aus, so erscheint die Zulassung einer Zuständigkeitsbegründung durch Parteiwillen nur als die (vom Gesetzgeber allerdings nicht notwendig zu ziehende) Konsequenz einer Regelung, die den ER. in Fällen bestimmten Parteiverhaltens unmittelbar kraft Gesetzes entscheidungszuständig macht. Daraus folgt, daß die kraft Prorogation begründbare Zuständigkeit vom Gesetz zwar sehr wohl geringer bemessen sein kann als diejenige unmittelbar kraft Gesetzes, daß umgekehrt aber gewiß alles, was der Parteiwille an Zuständigkeit zu schaffen vermag, auch als gesetzliche Zuständigkeit anerkannt sein wird. Dem Umfang der Zuständigkeit des ER.s kraft Prorogation kann also zwar wohl etwas für, aber nichts gegen den Umfang der Zuständigkeit kraft Gesetzes entnommen werden. Aus dem Ausschluß jeder Zuständigkeit des ER.s kraft Prorogation in der Berufungsinstanz (§§ 523, 523 a ZPO.) läßt sich demnach eine Beschränkung des Umfangs der gesetzlichen Entscheidungszuständigkeit nicht herleiten, wohl aber ist § 349 III ein Beweisgrund dafür, daß der ER. zumindest im gleichen Umfang auch kraft Gesetzes entscheidungszuständig, also auch zu Endentscheidungen nach § 349 I zi. 2, 4, 5 berufen ist.

Daß der ER. auch abgesehen von § 349 III Endurteile erlassen kann, wird weiter bestätigt durch § 349 I zi. 2, wo die Entscheidungszuständigkeit des vollbesetzten Gerichts über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs sowie über diejenige des Schiedsvertrags besonders vorbehalten worden ist. Sollte das nur deswegen geschehen sein, um ein Verwerfen

[36]) J.W. 1924, 378.
[37]) Recht 1924, 496 ff.
[38]) Vgl. auch Püschel a.a.O. S. 43 ff.; Otto a.a.O, S: 110; Stein-Juncker Grdr. 3. S. 195; Rosenberg Lehrb. 3 § 110 IV 2 b.

dieser Einreden durch den ER. auszuschließen in der Voraussetzung, daß die stattgebende Entscheidung dem Mehrheitsgericht ohnehin zustehe? Das ist nicht anzunehmen. Wäre man der Ansicht gewesen, daß der ER. schon an sich nur für die Verwerfung dieser beiden Einreden in Betracht komme, so würde man die Ausnahme bezgl. ihrer kaum gemacht haben. Die Novelle wollte vielmehr verhindern, daß vor allem die für die Parteien grundlegende, den Rechtsweg verschließende Entscheidung in erster Instanz von dem ER. allein getroffen wird. Der Vorbehalt der Kollegialentscheidung in § 349 I zi. 2 zeigt also, daß die Novelle grundsätzlich davon ausgeht, daß der ER. auch für prozeßhindernden Einreden stattgebende Urteile zuständig ist, und die Auffassung, wonach der Begriff „entscheiden" in Abs. I § 349 ein anderer sein soll als im Abs. III, also im Gesetz eine Grundlage nicht findet.

b. Nach § 349 I zi. 2 ist der ER. verpflichtet, über prozeßhindernde Einreden mit Ausnahme derjenigen der Unzulässigkeit des Rechtswegs und des Schiedsvertrags zu entscheiden, wobei die Klage also entweder a limine abzuweisen (und evtl. ans zuständige Gericht zu verweisen) ist, oder durch Zwischenurteil auf Verwerfung der Einrede erkannt wird. In dieser Bestimmung ist Anstoß daran genommen worden, daß die Entscheidungszuständigkeit des ER.s nur begründet ist, soweit über die Einreden „besonders verhandelt und entschieden wird". Rosenberg[39]) erklärt diese Einschränkung für „unverständlich und irreführend", weil sie auf § 275 I Bezug nehme, der ER. aber nicht nur das Zwischenurteil nach § 275, sondern auch das Zwischenurteil nach § 303 erlassen könne. Die Bezugnahme auf die abgesonderte Verhandlung des § 275 gehe auch deshalb fehl, weil für die Klagabweisungen wegen prozeßhindernder Einrede die abgesonderte Verhandlung überhaupt gleichgültig sei. Die angenommene Zulässigkeit von Zwischenurteilen nach § 303 ist nach Rosenberg übrigens nicht auf die in § 349 I zi. 2 angeführten Gegenstände beschränkt, vielmehr dürfe der ER. nach § 303 durch Zwischenurteil auch das Nichtvorhandensein eines Mangels einer in § 274 nicht genannten Prozeßvoraussetzung oder das Nichtvorliegen eines Mangels der Klagschrift feststellen. Die Frage ist von praktischer Bedeutung und verdient deshalb näher geprüft zu werden.

Zunächst ist Rosenberg zuzugeben, daß Zwischenurteile nach § 303 auch nach der Fassung der Novelle 1924 prozeßhindernde Einreden zum Gegenstand haben können, sodaß nach geltendem Recht über solche nicht allein nach § 275 und unter dessen besonderen Voraussetzungen entschieden werden kann[40]). Es ist aber weder unverständlich noch zu mißbilligen,

---

[39]) Lehrb. 3 § 110 IV, 2b.
[40]) Lehrb. 3. § 55, III 1b.; a. RGZ. 110/57; 129/96; HRR 1928, 1153.

wenn die Novelle dem ER. den Erlaß von Zwischenurteilen über bestimmte prozeßhindernde Einreden nur nach Maßgabe des § 275 zugesteht, nicht aber die Zwischenurteile nach § 303 freigibt. Diese Regelung erklärt sich in einfacher Weise daraus, daß das Zwischenurteil nach § 275, nicht aber eine nach § 303 ergangene Entscheidung selbständig anfechtbar ist. Wäre der ER. des erstinstanzlichen Landgerichts oder des Oberlandesgerichts in der Lage, ein Zwischenurteil nach § 303 zu erlassen, so würde das Kollegium, obwohl es vielleicht der bestimmten Überzeugung ist, daß das vom ER. erlassene Zwischenurteil unrichtig ist und mit der sachlichen Entscheidung von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden wird, weil die Klage auf die prozeßhindernde Einrede als unzulässig abgewiesen werden muß, gehalten sein, in eine sachliche Behandlung des Prozesses einzutreten und ein Sachurteil zu erlassen, welches mit der größten Wahrscheinlichkeit in der Rechtsmittelinstanz beseitigt wird. Denn ein Zwischenurteil des ER.s nach § 303 würde bindend für das Kollegium[41]), mit dem Endurteil aber anfechtbar sein. Solche Vergeudung richterlicher Arbeitskraft wollte die Novelle vermeiden. Sie läßt deshalb Zwischenurteile des ER.s über prozeßhindernde Einreden nur soweit zu, als diese selbständiger Rechtskraft fähig sind und die Gefahr einer nutzlosen Befassung des Kollegiums mit dem Prozeß nach seiner materiellen Seite hin dadurch gebannt ist, daß das Kollegium die Möglichkeit hat, gegebenenfalls die Rechtskraft des Zwischenurteils abzuwarten, bevor es zur Hauptsache verhandelt und entscheidet.

Im landgerichtlichen Berufungsprozeß, in welchem das instanzbeendende Urteil sofort in Rechtskraft erwächst, entfällt zwar die Möglichkeit der Beseitigung des auf einem falschen Prozeßurteil des ER.s beruhenden kollegialen Sachurteils durch die höhere Instanz, und da hier die Wirkung eines nach § 275 ergangenen Zwischenurteils einer nach § 303 erlassenen Zwischenentscheidung entspricht, so könnte man vielleicht meinen, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes wenigstens in dieser Instanz dem ER. über prozeßhindernde Einreden auch das Zwischenurteil nach § 303 zubilligen zu können. Indessen das Gesetz verweist auch in diesem Fall den ER. mit gutem Grund ausschließlich auf die Entscheidung nach § 275. Ist hier auch nicht zu besorgen, daß das Kollegialurteil in der Hauptsache von der höheren Instanz beseitigt wird, so kann das unbeschränkte Entscheidungsrecht des ER.s über prozeßhindernde Einreden doch immerhin das Ergebnis haben, daß das Prozeßgericht infolge eines unrichtigerweise erlassenen Zwichenurteils des ER.s über prozeßhindernde Einreden, mit Rücksicht auf die Bindung an dasselbe § 318 — seiner Meinung nach an sich unzulässig, über die Hauptsache entscheiden muß. Die im

[41]) § 318 ZPO.; KG. J.W. 1926, 24, 63, 2.

Hinblick auf diese Möglichkeit auch im landgerichtlichen Berufungsverfahren gebotene Zurückhaltung im Erlaß von Zwischenurteilen über prozeßhindernde Einreden durch den ER. sollte gesetzlich sichergestellt werden, wenn die ZPO. diese Entscheidung dem ER. nur nach abgesonderter und daher besonders eingehender Verhandlung, also allein unter den Voraussetzungen des § 275 überläßt.

Im Interesse rationeller Bewirtschaftung der richterlichen Arbeitskraft hat die Novelle es also dem ER. versagt, über prozeßhindernde Einreden Zwischenurteile zu erlassen, die nur zugleich mit der Hauptsache anfechtbar sind. Gerade also, weil das Zwischenurteil nach § 303 als der selbständigen Anfechtbarkeit entbehrend, „minder bedeutsam" ist, als das nach § 275, konnte es dem ER. nicht freigegeben werden [42]). Der ER. darf über die ihm vorbehaltenen prozeßhindernden Einreden durch Zwischenurteil also nur entscheiden unter den Voraussetzungen des § 275[43]).

Die Fassung des § 349 I zi. 2 ist allerdings wohl insofern nicht ganz glücklich, als die Entscheidungszuständigkeit des ER.s über prozeßhindernde Einreden nicht in jeder Beziehung abhängig sein dürfte von abgesonderter Verhandlung, sondern nur die inhaltlich unbeschränkte Entscheidungszuständigkeit. Wenn § 349 I 2 sagt: Der ER. hat über die prozeßhindernden Einreden zu entscheiden „soweit über sie besonders verhandelt und entschieden wird" so ist damit nur bestimmt, daß allein unter dieser Voraussetzung der ER. auch in einem die Einrede verwerfenden Sinn, also durch Zwischenurteil entscheiden darf. Dagegen ist dem ER. hier nicht versagt worden, auch ohne abgesonderte Verhandlung wegen einer prozeßhindernden Einrede die Klage durch Endurteil abzuweisen. Dementsprechend ist es auch wohl angängig, in analoger Anwendung des § 349 I zi. 2 eine Zuständigkeit des ER.s zu klagabweisenden Entscheidungen wegen Fehlens einer im § 274 nicht genannten Prozeßvoraussetzung oder wegen eines Mangels der Klagschrift anzunehmen[44]). Dagegen läuft es dem Sinn des § 349 I zi. 2 aus den angegebenen Gründen zuwider, auch Zuständigkeit des ER.s für Zwischenurteile über diese Gegenstände anzuerkennen. Diese sind dem Kollegium vorbehalten[45]).

---

[42]) Unbefriedigend erklärt Otto S. 112 das Erfordernis abgesonderter Verhandlung und Entscheidung in § 349 I zi. 2, wenn er meint, es sollte dadurch klargestellt werden, daß der ER. bei Verwerfung der Einrede nicht zugleich auch in der Hauptsache entscheiden dürfe.

[43]) Ohne abgesonderte Verhandlung, also durch Zwischenurteil nach § 303, darf der ER. von den ihm vorbehaltenen prozeßhindernden Einreden daher auch nicht diejenige der örtlichen Unzuständigkeit verwerfen, obgleich diese Entscheidung unanfechtbar ist. §§ 512a, 549 III.

[44]) Ebenso Rosenberg a. a. O. § 110 IV 2b.

[45]) Hier anders A. M. Rosenberg ebenda.

Man kann die Aufteilung der Zuständigkeit zwischen ER. und Kollegium, die dem Verf. v. d. ER. spezifisch ist, überhaupt für unzweckmäßig halten. Das § 349 I 2 zugrunde liegende Prinzip der Zuständigkeitsteilung verdient aber aus inneren Gründen Anerkennung. Die Entscheidung über die prozessualen Einwendungen ist dem ER. grundsätzlich übertragen, damit eine Verzögerung des Rechtsstreits durch die Überweisung der Sache ans Kollegium zum Urteil vermieden wird. Aus dieser Zwecksetzung aber folgt, daß dieser Grundsatz dort seine Grenzen finden muß, wo prozessuale Entscheidungen des ER.s selbständiger Rechtskraft nicht fähig sind. Soweit letzteres nicht der Fall ist, würde der Versuch, die verhältnismäßig geringe Verzögerung des Verfahrens durch Verweisung der Sache ans Kollegium zu vermeiden, die weit größere Gefahr einer überflüssigen Befassung des Kollegiums mit der Hauptsache des Prozesses heraufführen.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Von den Entscheidungen über den Rechtsweg sowie über die Einrede des Schiedsvertrags, die dem vorbereitenden ER. nur im Säumnisfall kraft Gesetzes gestattet sind, abgesehen, steht dem ER. die Entscheidung über Prozeßvoraussetzungen durch Endurteil unbeschränkt zu, durch Zwischenurteil aber nur insoweit, als dieses selbständig anfechtbar ist[46]).

c. In § 349 I zi. 2. wurden dem ER. auf dem Gebiet der prozeßhindernden Einreden die Entscheidungen über die Unzulässigkeit des Rechtswegs und die Schiedsgerichtsklausel versagt, obgleich dieselben von der Zuständigkeit des ER.s zu Versäumnis — und Aktenlageentscheidungen nicht ausgenommen sind. Es ließe sich zwar fragen, ob nicht die allgemeine Aktenlageentscheidungsbefugnis des ER.s durch die speziellere Bestimmung des § 349 I zi. 2 beschränkt worden ist, und zwei-

---

[46]) Darf der ER. über Prozeßvoraussetzungen nicht durch Zwischenurteil nach § 303 entscheiden, so kann er durch die Lage des Einzelfalles allerdings u.U. daran gehindert sein, eine ihm an sich zustehende Entscheidungsbefugnis über Prozeßvoraussetzungen in concreto tatsächlich auszuüben. Man denke an den Fall, daß sich für einen von mehreren Klaggründen der Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergibt, das bei gesonderter Entscheidung zu erlassende Zwischenurteil (vgl. Rosenberg § 93 IV 3b) nach Lage des Falles aber nicht nach § 275, sondern nach § 303 würde ergehen müssen. (Rosenberg § 45 III 6 i. Verb. mit § 55 III 2.) Fehlt z. B. die Prozeßführungsbefugnis für den Klaggrund a, nicht aber auch für den Klaggrund b, so ist die bei Erlaß durch Endurteil dem ER. nach dem Gesagten zustehende Entscheidung über den Mangel der Prozeßführungsbefugnis ihm in concreto deshalb versagt, weil sie hier zugleich mit der Entscheidung über b. und deshalb in einem Zwischenurteil nach § 303 getroffen werden muß. Auch zwei je für sich betrachtet dem ER. zustehende Entscheidungen können diesem deshalb entzogen sein, weil sie nach Lage des Falles in einem Zwischenurteil nach § 303 verbunden zu erlassen wären, etwa wenn für einen Klaggrund die Prozeßführungsbefugnis zu verneinen und für den anderen der Einwand sachlicher Unzuständigkeit zurückzuweisen ist.

fellos sprächen gegen diese Annahme prinzipiell weniger Bedenken als gegen die einschränkende Auslegung des § 349 I zi. 5 im Hinblick auf die Grenzen der gewillkürten Entscheidungsbefugnis des ER.s in § 349 III[47]). Trotzdem ist diese Ansicht abzulehnen, weil sonst die starke Position des ER.s gegenüber den Parteien in einer mit den Intentionen der Gesetzgebung unvereinbaren Weise erschüttert würde. Aber auch wenn man die Aktenlageentscheidungsbefugnis des ER.s bezgl. beider Einwendungen anerkennt, hat der Vorbehalt zugunsten des Kollegiums in § 349 I zi. 2 seinen guten Sinn. Die auf Prozeßökonomie bedachte Novelle hat in der so wichtigen Frage, ob eine Rechtsstreitigkeit überhaupt vor die staatlichen Zivilgerichte gehört, die Entscheidung des Kollegiums zugelassen, damit die Parteien regelmäßig nicht erst in die Berufungsinstanz gehen müssen, um das Urteil eines Kollegialgerichts zu erhalten, sondern alsbald und ohne besonderen Kostenaufwand erfahren können, ob die ordentlichen Gerichte sich überhaupt ihrer Sache annehmen. Die Durchbrechung des Grundsatzes einzelrichterlicher Entscheidung über die prozeßhindernden Einreden war aber auch im staatlichen Interesse veranlaßt. Es galt zu verhüten, daß auf Grund einer in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung eines ER.s das Oberlandesgericht und vielleicht sogar das Reichsgericht mit einem Prozeß in der Hauptsache befaßt würden, der gar nicht in die staatliche Ziviljustiz gehört[48]). Daß das öffentliche Interesse indessen nicht als überwiegend angesehen wurde, sondern das Interesse der Parteien an insbesondere erstinstanzlicher Kollegialentscheidung bestimmend war, zeigt sich darin, daß Aktenlage- oder Versäumnisurteil des ER.s ergehen kann, falls die Parteien durch Säumnis sich am Erlaß eines Kollegialurteils uninteressiert zeigen und daß auch über diese Gegenstände Urteil unter den Voraussetzungen des § 349 III zulässig ist, wenn auch der ER. im öffentlichen Interesse gerade bei solchen Entscheidungen Zurückhaltung üben wird.

d. Nach § 349 I zi. 3 hat der ER. zu entscheiden „bei Zurücknahme der Klage, Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch oder Anerkenntnis des Anspruchs". Die bisherige Auslegung dieser Vorschrift hat nicht genügend gewürdigt, ob der ER., wenn die Frage der Zulässigkeit, des Zustandekommens oder der Wirksamkeit dieser Parteiakte streitig geworden ist, hierüber auch in einem diese verneinenden Sinn, also durch Zwischenurteil nach § 303 entscheiden darf, oder ob dieses Urteil dem vollbesetzten Prozeßgericht vorbehalten ist. — Entsteht über die Klagzurücknahme ein solcher Streit, so ist

[47]) Diese bei Rosenberg § 110 IV 2e im Anschluß an die dort zitierten Entscheidungen des KG.s.

[48]) Auch die Kompetenzkompetenz der ordentlichen Gerichte (GVG. § 17 I, II, 4) dürfte es nahegelegt haben, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs dem vollbesetzten Prozeßgericht vorzubehalten.

die Bejahung der Zulässigkeit des Zustandekommens und der Wirksamkeit derselben vom Gericht durch Endurteil, welches die Klage für zurückgenommen oder den Rechtsstreit infolge der Zurücknahme zur Hauptsache für erledigt erklärt und dem Kläger die Kosten auferlegt, auszusprechen. Die Anfechtung dieses Urteils erfolgt nicht nach § 99 III ZPO., sondern mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln[49]). Daß dieses Urteil vom ER. erlassen werden kann, unterliegt kaum Bedenken, denn es ergeht „bei", i. S. von „vorliegender" Klagzurücknahme und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Kostenurteil nach § 271 III ZPO. nur dadurch, daß es das Vorliegen einer wirksamen Klagzurücknahme neben der Kostenfolge feststellt. Daß dem ER., wenn die Klagzurücknahme streitig wird, die Entscheidung aber überhaupt entzogen wäre, ist nicht anzunehmen, da ihm auf dem Gebiet der ausschließlich auf Gesetz beruhenden Urteilszuständigkeit auch sonst streitige Entscheidungen zugewiesen worden sind, z. B. über prozeßhindernde Einreden. Dagegen ist es zweifelhaft, ob sich die Ermächtigung nach § 349 I 3 auch auf Urteile des ER.s, die das Vorliegen einer wirksamen Klagzurücknahme verneinen, erstreckt. Diese Entscheidung würde nämlich durch ein nicht selbständig anfechtbares Zwischenurteil nach § 303 zu treffen sein. Die früheren Ausführungen aber haben gezeigt, daß dem ER. auf dem Gebiet der Prozeßvoraussetzungen dieses Zwischenurteil vorenthalten wurde. Es dürfte deshalb den Intentionen der Novelle entsprechen, wenn man es dem ER. auch auf dem Zuständigkeitsgebiet der zi. 3 § 349 I versagt[50]). Andernfalls würde das Kollegium durch das Zwischenurteil des ER.s gebunden, genötigt sein, in Verhandlung und Entscheidung den ganzen Streitstoff des Prozesses zu verarbeiten, obwohl es dessen sicher ist, daß das Endurteil zusammen mit dem Zwischenurteil von der höheren Instanz aufgehoben und die Klage für ordnungsgemäß zurückgenommen erklärt werden wird[51]).

e. Der ER. ist ermächtigt worden „bei Versäumnis einer Partei zu entscheiden". Da diese Befugnis in § 349 I 4 ohne jede Einschränkung gegeben ist, dürfte der ER. nicht nur für Urteile, die bei Säumnis einer Partei ergehen, sondern auch für andere mit der Versäumnis unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen zuständig sein. Mit Recht ist daher dem ER. auch die Entscheidung über den Einspruch gegen ein von ihm erlassenes Versäumnisurteil zugebilligt worden[52]). Denn der Einspruch ist ein dem Versäumnisverfahren spezifischer

[49]) Rosenberg § 133 IV.

[50]) Anderer Ansicht: Püschel S. 58, Rosenberg § 133 IV.

[51]) Über die Interessenlage bei der Klagerücknahme unter Berücksichtigung der Verpflichtung zur Klagerücknahme: Rosenberg § 133 I 1.

[52]) Sonnen „Das neue Zivilprozeßrecht" Not. II 4 zu §§ 348 ff. Püschel a.a.O. S. 62; Otto a.a.O. S. 118; Rosenberg § 110 IV 2d.

Rechtsbehelf. Und da solange über die Zulässigkeit des Einspruchs noch nicht entschieden ist, die Versäumnislage fortbesteht, ist dem ER. wohl auch die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist eingeräumt[53]). Desgleichen sind es die Anordnungen über die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719, die mit den vorgenannten Entscheidungen in einem natürlichen Zusammenhang stehen[54]). Eine Erörterung verdient dagegen die Frage, ob dem ER. sämtliche bei Säumnis ergehenden Urteile zustehen. Eine von Reinberger, Rosenberg und neuestens auch von Walsmann vertretene Ansicht[55]) verneint dies nämlich, versagt es dem ER. im Falle des § 331 II HS. 2 zu entscheiden. Die Beschränkung des ER.s auf die sog. echten Versäumnisurteile dürfte indessen im Gesetz keine Stütze finden. Die Entscheidung nach § 331 II HS. 2 ergeht wohl, wie Rosenberg bemerkt, trotz Erscheinens des Klägers, aber nicht desto weniger doch „bei Versäumnis" des Beklagten. Und auf die Säumnis einer Partei kommt es nach dem Gesetz im § 349 I 4 S. 1 allein an. Es ist nirgends zum Ausdruck gebracht worden, daß das „bei Säumnis" zu erlassende Urteil außerdem gegen den Säumigen ergehen müsse. Auch kann Rosenberg nicht gefolgt werden, wenn er in § 349 III eine Begründung für seine Ansicht sucht. Wie bei der Bestimmung der Zuständigkeit des ER.s zu Aktenlageentscheidungen gleich näher darzulegen sein wird, verbietet es sich nämlich aus grundsätzlichen Erwägungen, die auf Gesetz beruhende Urteilszuständigkeit des § 349 I auf den Umfang der durch Parteieinverständnis begründbaren Einzelrichterkompetenz nach § 349 III zuzuschneiden. Es läßt sich also nicht sagen, dem ER. müßten unechte Versäumnisurteile, die kontradiktorische Endurteile sind, deshalb verschlossen sein, weil diese möglicherweise die seiner Zuständigkeit in § 349 III gezogenen Grenzen überschreiten könnten. Übrigens würde aus der Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes auch noch keineswegs folgen, daß, wie Rosenberg annimmt, der erstinstanzliche ER. überhaupt unechte Versäumnisurteile nicht erlassen darf, sondern nur, daß ihm solche Urteile versagt sind, die nach § 349 III nicht erlassen werden könnten.

Die Entscheidungsbefugnis dürfte allerdings nicht unbeschränkt bestehen, wie diese Schriftsteller annehmen; darüber später.

[53]) Püschel a.a.O. S. 63; Rosenberg a.a.O. (Auch für dieses Entscheidungsrecht besteht aber wohl eine Einschränkung.) Anders Kann, Die ZPO. Not. 71 S. 193; Otto a.a.O. S. 118.

[54]) Ebenso Püschel S. 64; Goldschmidt „Die neue ZPO." Not. 2c zu § 349; Rosenberg a.a.O. und bezgl. § 707 OLG. Königsberg in JW. 1928, 18 78 22. Anders außer der bei Rosenberg angeführten Judikatur Kann, Die ZPO. Not. 7 n. S. 197 und Not. 2 zu § 707 S. 342, sowie Otto S. 119.

[55]) Reinberger Recht 1924, 497; Rosenberg a.a.O.; Seuffert-Walsmann Kom. 1932 zu § 349 I 4; a.M. Püschel S. 61 u. a.

Die unechten Versäumnisurteile der Entscheidungszuständigkeit des ER.s zu entziehen, verbietet sich aber vor allem aus dem Gesichtspunkt der Prozeßkonzentration. Wäre das Mehrheitsgericht für sie ausschließlich zuständig, so würde eine mündliche Verhandlung vor diesem stattfinden müssen, da die Voraussetzungen für den Urteilserlaß im schriftlichen Verfahren nicht gegeben sind. Hinsichtlich dieses Kollegialtermins aber wäre es nicht unzweifelhaft, ob nicht eine Verbesserung oder Ergänzung des klägerischen Vorbringens zugelassen werden müßte, nachdem das Vorbereitungsverfahren nicht unter der Eventualmaxime steht und die mündliche Verhandlung des Rechtsstreits alsdann bis zu ihrem Schluß durch das Prozeßgericht nicht beendet ist.

Dem ER. im Interesse unveränderter Berücksichtigung des Rechtsschutzanspruchs des Beklagten den Erlaß unechter Versäumnisurteile einzuräumen, ermöglicht sich aber auch deshalb, weil der ER. hier nicht etwa eine ihm sonst vorenthaltene Entscheidungsfunktion ausübt; ist er doch auch bei Aktenlageurteilen ermächtigt, in der Hauptsache instanzbeendend zu entscheiden. Die herrschende Ansicht, wonach der ER. auch unechte Versäumnisurteile erlassen darf, dürfte mithin die richtige sein.

f. Daß dem ER., wenn die speziellen Voraussetzungen hiefür gegeben sind, der Erlaß von Aktenlageentscheidungen zusteht, ist für die Fälle der Säumnis einer sowie beider Parteien vom Gesetz ausdrücklich festgelegt worden § 349 I zi. 4 u. 5. Und zwar dürfte der ER. bei Säumnis einer Partei, wenn der Gegner darauf anträgt, nach Maßgabe der näheren Bestimmungen des § 331 a zu einer Aktenlageentscheidung nicht nur ermächtigt, sondern auch verpflichtet sein[56]), während es bei Säumnis beider Parteien dem pflichtmäßig auszuübenden Ermessen anheim steht, ob Aktenlageentscheidung erlassen wird oder nicht

---

[56]) Rosenberg a.a.O. Baumbach Anm. 8 zu § 349. Die gegenteilige von Püschel S. 66 und Otto S. 120 vertretene Ansicht, die es auch bei Säumnis einer Partei in das Ermessen des ER.s stellt, ob er AL.Entsch. (nach § 331 a) erlassen will oder nicht, steht schon äußerlich im Widerspruch zum Gesetz. Die Fassung der Zi. 5 § 349 I zeigt, daß es in zi. 4 nicht darauf ankommen soll, ob der ER. „eine Entscheidung nach Lage der Akten für angezeigt hält". Faktisch bleibt der Ermessensfreiheit des ER.s allerdings insofern ein gewisser Spielraum, als ihm die Feststellung, ob die Voraussetzungen der AL.Entsch. gegeben sind, obliegt. Dies berücksichtigt, wird für die Anerkennung der Pflicht des ER.s zur AL. Entsch. nach § 331 a aber maßgebend sein müssen, daß das Gesetz die Chance der Partei bei Säumnis des Gegners zu einer dem Einspruch nicht unterliegenden instanzbeendenden Entscheidung zu kommen, im ER.verfahren schwerlich verschlechtern wollte. Dagegen ist der ER. nicht verpflichtet, unter den Voraussetzungen des § 331 a auch einen Beweisbeschluß zu erlassen. Der allgemeinere Rechtssatz in § 349 I zi. 4 ist hier durch die spezielle Norm des § 349 II S. 2 beschränkt.

§ 349 I zi. 5. In beiden Fällen aber geht die gesetzliche Vollmacht des ER.s ohne jede Einschränkung dahin, „eine Entscheidung nach Lage der Akten zu erlassen".

Trotzdem vertreten nun Rosenberg und zwei Urteile des KG.s[57]) die Ansicht, daß ein Aktenlageurteil des ER.s nur in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig sei. Zur Begründung führt das KG. an „die Einschränkung der Entscheidungsbefugnis des ER.s auf vermögensrechtliche Ansprüche in § 349 III würde ihre Bedeutung verlieren, wenn sie nicht auch für Entscheidungen nach Lage der Akten gelten würde". In einem Rechtsstreit, den der ER. „nicht einmal im Einverständnis beider Parteien entscheiden darf", sei er „erst recht nicht zu einem Urteil nach Lage der Akten befugt."

Diesem Standpunkt kann nicht beigestimmt werden, weil er das Verhältnis der beiden Gebiete einzelrichterlicher Entscheidungsbefugnis zueinander, der ausschließlich auf Gesetz beruhenden und der gewillkürten verkennt[58]).

Der Aufstellung des Zuständigkeitskataloges in § 349 I liegt einesteils der Konzentrationsgedanke zu Grunde. Es werden gewisse prozessuale Entscheidungen dem ER. übertragen, damit der Beklagte nicht durch Berufung auf angebliche prozessuale Unstatthaftigkeit der Klage die Zeit, die eine Verweisung ans Kollegium beanspruchen würde, zu gewinnen vermag. Zur Vermeidung einer Verzögerung des Verf.s sind dem ER. auch die Entscheidungen des § 349 I zi. 3 überlassen worden.

Neben diesen die Einrichtung des Vorbereitungsverfahrens in dieser und jener Hinsicht zweckgemäß ausbauenden Rechtssätzen hat es die Zuständigkeitsabgrenzung aber auch mit Ordnungsfragen zu tun, welche für die faktische Durchführbarkeit des Vorbereitungsverfahrens geradezu bedingend sind, die tatsächliche Wirksamkeit des ER.instituts in der Praxis des Prozeßlebens erst eigentlich begründen. Von dieser Tragweite ist die Ermächtigung bzw. Verpflichtung des ER.s, bei Säumnis einer oder beider Parteien unter Umständen Versäumnis- bzw. AL. Entsch. zu erlassen. Der Grundsatz, daß der ER. während des Vorbereitungsverfahrens ausschließlich das Prozeßgericht ist, wird durch diese Regelungen dem Parteiwillen gegenüber zwingend zur Geltung gebracht. Im funktionellen Aufbau des Verf.s v. d. ER., der inneren Gliederung der Zuständigkeitsordnung ist also davon auszugehen, daß die Bestimmungen der beiden letzten Ziffern des Abs. I § 349 die Sanktionsnormen der ganzen Regelung darstellen, die Be-

---

[57]) KG., JW. 1930 ,2802$_7$ und 3332$_9$.

[58]) Vgl. auch Stein-Jonas § 349 A. V 15 und Baumbach A. VIII.

stimmungen, durch welche das ER.-Verfahren in der Wirklichkeit des Rechtslebens sich erst durchzusetzen vermag.

Diese so wichtigem Zwecke dienende Uebertragung der Endentscheidungsgewalt in der Hauptsache an den ER. unter bestimmten Voraussetzungen birgt zugleich nun aber eine Gefahr für die konkrete Realisierung der vom Gesetz beabsichtigten prinzipiellen Teilung der gerichtlichen Verfahrenstätigkeit zwischen ER. und Mehrheitsgericht in sich. Die Parteien kommen durch sie in die Lage, die vom Gesetz grundsätzlich vorgesehene Zuständigkeitsverfassung im Einzelfall u. U. mit Erfolg zu durchbrechen. Der allgemeinen Intention der gesetzlichen Regelung zuwider können sie der Tätigkeit des vollbesetzten Prozeßgerichts in ihrer Streitsache dadurch entgegenwirken, daß sie durch Säumnis mit Absicht eine Prozeßlage herstellen, in der einzelrichterliche Sachentscheidung vorgesehen ist und veranlaßt erscheint. Die Maßnahmen, die nichts anderes bezwecken als im Rahmen des Kollegialprozesses die auf vorbereitende Handlungen beschränkte Funktion des ER.s als gesicherte zu gewährleisten, können also u. U. eine ihrer Intention entgegengesetzte Wirkung entfalten. Während sie in der gesetzlichen Regelung die Aufgabe haben, der Erzielung einer gegen Parteiwillkür geschützten Funktion des ER.s für den Kollegialprozeß zu dienen, können sie in concreto zur Verdrängung der kollegialgerichtlichen Elemente der Instanz zugunsten einzelrichterlicher Tätigkeit der Parteiwillkür Mittel sein.

Diesem Sachverhalt kann die Gesetzgebung nun in verschiedener Weise Rechnung tragen. Sie kann die Parteien ohne Einschränkung, das, was sie mittels bestimmter prozessualer Handlungen oder Unterlassungen an Veränderung in den grundsätzlich vorgesehenen Zuständigkeitsverhältnissen möglicherweise erreichen können, nämlich Entscheidung des ER.s unter Übergehung des Kollegiums, durch einen ausdrücklichen Willensakt ebenfalls erreichen lassen. Das ist der Standpunkt des E.s, der den Parteien gestattet, in allen Rechtsstreitigkeiten sowohl erster als zweiter Instanz, in denen ein ER. tätig ist oder wird, die Zuständigkeit des ER.s zur Entscheidung durch Vereinbarung zu begründen § 470 III, § 490 E. Die Gesetzgebung kann sich aber auch dafür entscheiden, den Einfluß, den das Parteiverhalten auf die Zuständigkeitsgestaltung ausüben kann, nur in bestimmtem Umfang, etwa nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten durch Anerkennung einer Zuständigkeitsvereinbarung der Partei zu sanktionieren. Diesen Weg hat das geltende Recht für die Landgerichtsinstanz im 1. Rechtszug beschritten, § 349 III, während es im Berufungsverfahren einer Zuständigkeitsvereinbarung der Parteien in vollem Umfang die Wirksamkeit versagt und aus der Tatsache, daß die Parteien versuchen könnten, in ihrem Prozeß dem ER. zur Entscheidung Anlaß zu geben und so die grundsätzliche Zu-

ständigkeit des Kollegialgerichts zu umgehen, keinerlei Folgerung gezogen ZPO. §§ 523, 523a[59]).

Auf den ersten Blick mag es freilich seltsam erscheinen, wenn die Zuständigkeitsvereinbarung ausgeschlossen ist, obwohl die Parteien die Möglichkeit haben, sich Einfluß auf die Zuständigkeitsgestaltung zu nehmen und der E. will aus diesen Überlegungen heraus die Zuständigkeitsvereinbarung unbeschränkt zulassen auch im Berufungsverfahren. In Wirklichkeit erscheint es indessen mit einer wohldurchdachten Regelung keineswegs unvereinbar, dem ausdrücklichen Parteiwillen zu versagen, was er auf Umwegen u. U. doch zu erreichen vermag[60]).

Der Gesetzgeber, der aus guten Gründen an der Kollegialgerichtsbarkeit festhält, ist deshalb, weil er als Hilfsmaßnahme die ER.entscheidung in der Hauptsache nicht entbehren kann, noch keineswegs genötigt, gegen seine bessere Einsicht der ER.-entscheidung weiteren Raum zu geben und durch ausdrückliche Billigung die Verantwortung für eine solche Zuständigkeitsordnung zu übernehmen. Er kann sich in der Zulassung der ER.ermächtigung durch die Parteien jedenfalls dann Zurückhaltung auferlegen, wenn im Hinblick auf die tatsächliche Interessenlage der Parteien damit gerechnet werden darf, daß diesen r e g e l m ä ß i g garnichts oder doch nicht viel daran liegen wird, eine ER.-Entscheidung zu erreichen. Berücksichtigt man, daß von der Zuständigkeitsvereinbarung des § 349 III in der Gerichtspraxis nur selten Gebrauch gemacht wurde, so erscheint es daher durchaus gerechtfertigt, daß eine solche in weiterem Umfang von der Novelle nicht anerkannt worden ist. Und da im Berufungsverfahren ein noch geringeres Interesse an ER.-entscheidungen zu erwarten steht und nicht zu besorgen ist, daß die Parteien versuchen werden, ER.-entscheidung auf dem Umweg absichtlich herbeigeführter Säumnis herbeizuführen, konnte mit gutem Grund für diese Instanz Zuständigkeitsbegründung durch Parteiwillen überhaupt ausgeschlossen bleiben. Die Bestimmungen über die Zuständigkeitsvereinbarung, welche die formellen Parteirechte knapper bemessen, als die Parteien Möglichkeit haben durch Prozeßgestaltung auf die Zuständigkeitsverhältnisse in concreto einzuwirken, leiden also keineswegs an einem inneren Fehler, sondern fügen sich in den Rahmen der Gesamtregelung, die von der Kollegialgerichtsbarkeit ausgeht, durchaus sinnvoll ein[61]).

---

[59]) Die Novelle 33 hat in diesem Rechtszustand nichts geändert, die Vorschläge des E.s 31 in diesem Punkte also n i c h t übernommen.

[60]) Vgl. auch W a c h , Grundfragen S. 103, A. 2, wo erklärt wird, daß Parteirechte ebensoweit anzuerkennen als die prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien reichen, durch die L o g i k keineswegs gefordert sei.

[61]) Das scheint der E. übersehen zu haben, der nach seinen Darlegungen auf S. 358 zu schließen, scheinbar gegen seine bessere Überzeugung, nur

Worauf es in diesem Zusammenhang aber vor allem ankommt, ist die Feststellung, daß bei der rechtlichen Anerkennung der gewillkürten ER.zuständigkeit jedenfalls von der gesetzlichen Befugnis des ER.s, Versäumnis- und Aktenlageentscheidungen zu erlassen, ausgegangen wurde. § 349 III ist funktional gesehen ein sekundärer Rechtssatz, der zur Voraussetzung hat, daß der ER. bei Säumnis unbeschränkt auf Grund des Gesetzes Versäumnis- und Aktenlageurteile erlassen kann. Verhält sich § 349 III aber in dieser Weise zu der ausschließlich auf dem Gesetz beruhenden Entscheidungszuständigkeit des ER.s, so geht es nicht an, aus der Tatsache, daß die Gesetzgebung mit voller Absicht und gutem Grund die möglichen Konsequenzen aus § 349 I Ziff. 4 und 5 nicht ausnahmslos zieht (vgl. §§ 349 III 523a) — umgekehrt eine entsprechende Beschränkung der gesetzlichen Entscheidungszuständigkeit des ER.s herzuleiten[62]).

Ebensowenig als den Parteien in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ein Recht auf einzelrichterliche Endentscheidung eingeräumt worden ist — es steht im pflichtmäßigen Ermessen des ER.s, ob er von der Parteiermächtigung Gebrauch machen will — ist ihnen sonach durch § 349 III ein Recht darauf verliehen worden, daß in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten bei Säumnis einer oder beider Parteien ein dem Einspruch entzogenes Endurteil durch den ER. nicht erlassen wird. Die Bedenklichkeit des vom KG. vertretenen Standpunkts aber wird vollends sichtbar, wenn man beachtet, was der von diesem Gericht entwickelte Satz für das Berufungsverfahren bedeutet. Wäre wirklich in einem Rechtsstreit, den der ER. „nicht einmal im Einverständnis beider Parteien entscheiden darf", er „erst recht nicht" zu einem Urteil nach Lage der Akten befugt, so würde zufolge des § 523 a die Befugnis des ER.s zur Aktenlageentscheidung gemäß Ziff. 4 und 5 § 349 I ZPO § 523 entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht nur in nicht-vermögensrechtlichen, sondern in sämtlichen Prozessen dieser Instanz ausgeschlossen sein[63]). Auch diese Erwägung zeigt, wie sehr die Gründe, welche für die Begrenzung der ge-

---

um den ER. der Berufung aus den Fallstricken, der (hier abgelehnten) formalistischen Theorie zu befreien, § 523 a ZPO. beseitigt hat.

[62]) Wenn man eine Übereinstimmung zwischen dem Umfang der gesetzlichen ER.-zuständigkeit und jener kraft Parteiwillens im Weg der Auslegung überhaupt herstellen dürfte, so käme sachlich daher nur der umgekehrte Weg in Frage, nämlich die Zuständigkeitsvereinbarung soweit zuzulassen, als gesetzliche Entscheidungszuständigkeit des ER.s begründet ist.

[63]) Diese Konsequenzen zieht denn auch Rosenberg § 143 III 2 tatsächlich, womit das Vorbereitungsverfahren für die Berufungsinstanz völlig lahmgelegt erscheint. Über den Einfluß dieser unzutreffenden Auffassung auf den E. 1931 vgl. Anm. 61. — Von der Verneinung der Zulässigkeit einzelrichterlicher unechter Versäumnisurteile im Hinblick auf § 349 III durch Rosenberg war bereits die Rede.

setzlichen Befugnis des ER.s zu Aktenlageentscheidungen im Hinblick auf § 349 III angeführt werden, die Struktur des Aufbaus der einzelrichterlichen Zuständigkeitsordnung außer acht lassen.

II. Von ihrem Verhältnis zu den anderen Gebieten einzelrichterlicher Zuständigkeit abgesehen, hat die Entscheidungsbefugnis des ER.s nach § 349 III ZPO. der Auslegung besondere Schwierigkeiten nicht bereitet und bei der begreiflicherweise geringen Neigung der Anwälte, den Parteien gegenüber die Verantwortung für den Verzicht auf eine Kollegialentscheidung zu übernehmen, in der Praxis des Rechtslebens auch überhaupt wohl eine erheblichere Bedeutung nicht erlangen können.

III. Dagegen ist praktisch von großer Bedeutung die Entscheidungsbefugnis, die dem ER. in Erweiterung der ausdrücklichen gesetzlichen Vollmacht zukommen muß, wenn er in der Lage sein soll, seine spezifische Funktion, das Verfahren bis zur Verhandlungsreife vor dem Kollegium zu fördern, wahrzunehmen. So besteht denn auch keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß der ER. auch abgesehen von den Fällen des § 349 I, den Beweisanordnungen des Abs. II, sowie Abs. III für gewisse Entscheidungen zuständig ist. Bestritten ist hingegen der Umfang dieser unmittelbar aus den Bedürfnissen der allgemeinen Vorbereitungsaufgabe erwachsenden Entscheidungzuständigkeit des ER.s, und zwar deshalb, weil die allgemeine Ermächtigung des ER.s zur Vorbereitung des Verf.s, derzufolge dem ER. die erschöpfende Erörterung des gesamten Sach- und Streitverhältnisses § 349 I S. 2, sowie die Förderung des Rechtsstreits bis zur Verhandlungsreife (§ 349 II S. 1) zusteht, nicht mit der letzten wünschenswerten Klarheit abgefaßt worden ist. Während Püschel[64]) meint, das Vorbereitungsverfahren bezwecke tunlichst überhaupt nur eine einterminliche Beschäftigung des Kollegiums mit der streitig gewordenen Sache, vertritt Otto[65]) die Ansicht, daß letzteres nur gelte für die Zeit nach Abgabe der entscheidungsreifen Sache ans Kollegium, mit der Folge, daß ihm dieser Auffassung der Förderungsaufgabe des ER.s entsprechend auch die aus der allgemeinen Vorbereitungsaufgabe hervorgehende Enscheidungsbefugnis des ER.s grundsätzlich beschränkter erscheint. Die Auffassung Otto's dürfte jedoch nicht zutreffend sein. Wenn § 349 II S. 1 fordert: der Rechtsstreit sei vom ER. soweit zu fördern, daß er tunlichst durch eine Verhandlung vor dem Prozeßgericht erledigt werden kann, so besagt dies, das Kollegium solle überhaupt möglichst nur einmal mit der Sache

[64]) A.a.O. S. 95. Der ER. hat „zur Erreichung des Zieles der einen mündlichen Verhandlung vor dem Mehrheitsgericht grundsätzlich alle in der Sache innerhalb oder außerhalb der mündlichen Verhandlung vorkommenden Entscheidungen zu treffen".

[65]) Otto S. 125.

zu tun haben. Und zwar der zeitlichen Bestimmung des § 349 II S. 3 zufolge: nach Abgabe der verhandlungsreifen Sache durch den ER. an das Prozeßgericht. Schon unmittelbar aus dem Gesetz scheint sich also zu ergeben, daß vor der vom ER. herbeigeführten Verhandlungsreife das Mehrheitsgericht — abgesehen von den nach § 349 I zi. 2 ihm ausdrücklich vorbehaltenen und sinngemäß zuzuweisenden Entscheidungen über Prozeßvoraussetzungen und prozessuale Punkte und wie gleich darzulegen sein wird, einigen wenigen wesensähnlichen, dem Kollegium zu überlassenden prozessualen Entscheidungen — mit der Vorbereitung der Streitsache nicht befaßt werden soll. Vor allem aber: Ein zuverlässiges Prinzip für eine Zuständigkeitsteilung bezüglich der für die Durchführung des Verfahrens erforderlichen Maßnahmen ließe sich kaum auffinden. Aus diesem Grund vermag Otto seine Ansicht, das Gesetz lasse eine Befassung des Prozeßgerichts schon vor Abgabe der entscheidungsreifen Sache durch den ER. grundsätzlich zu, auch praktisch nicht durchzuführen. Vielmehr überläßt auch er sämtliche prozeßleitenden Entscheidungen, und die meisten anderen, die das Verfahren zur Verhandlungsreife fördern, dem ER. Die Ermächtigung des ER.s zu „Vorbereitungsentscheidungen", wie sie von Otto S. 127 ff. bemessen wird, unterscheidet sich jedenfalls nicht in kennzeichnender Weise von den Ansichten der im Grundsätzlichen die gegenteilige Auffassung vertretenden Schriftsteller. So trifft sich Otto im Versagen der Armenrechtsentscheidung mit Rosenberg, der auf dem Gebiet der „Vorbereitungsentscheidung" im übrigen die Zuständigkeit des ER.s recht weit erstreckt, und in der Behandlung der Anträge auf Erlaß von Arresten und einstweiligen Verfügungen und anderem mit Püschel, der im Grundsätzlichen auch eher zum Standpunkt Rosenbergs neigt. Eine Beschränkung des ER.s auf dem Gebiet prozessualer Entscheidungen nach klarer Linie ist aber nicht nur tatsächlich undurchführbar. Sie würde auch in hohem Maße unzweckmäßig sein. Würde man mit einer solchen Ernst machen, so wäre die Folge daß sich die Prozesse immer wieder auf der Wanderschaft zwischen ER. und Kollegium befänden, also das Gegenteil von Verfahrenskonzentrierung!

Im Hinblick auf die im Gesetz festgelegte Beschränkung der Tätigkeit des Kollegiums ist mithin als Grundsatz festzuhalten, daß der ER. abgesehen von Urteilen über die Hauptsache und Prozeßvoraussetzungen, die ihm nur in den von § 349 I Ziff. 2—5 und III gegebenen Grenzen zustehen, sämtliche Entscheidungen treffen kann, die während der ihm obliegenden Förderungstätigkeit anfallen und dieser zugehören[66]).

[66]) Ebenso wohl schon Heinsheimer „Der neue Zivilprozeß" S. 20. Vor allem aber Püschel S. 95. Weitergehend gibt Rosenberg § 110 IV 3 dem ER. auch Entscheidungen, die mit der Vorbereitungsaufgabe nur

Der ER. ist solange das Verfahren bei ihm abhängig ist gegenüber den Parteien allein im Besitz der prozeßleitenden Gewalt und wenigstens grundsätzlich in der Lage, das Vorb.-verf. ununterbrochen durchzuführen. Er kann abgesonderte Verhandlung nach §§ 146, 275 anordnen, mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche trennen § 145, mehrere vor ihm schwebende Prozesse verbinden § 147, usw. Er ist während des Vorb.verf.s in gewissen Fällen auch befugt, über Zwischenstreitigkeiten nach § 303 durch Zwischenurteil zu entscheiden. Für Zwischenstreitigkeiten mit Dritten unterliegt das jedenfalls keinem Zweifel[67]). Da in diesen Fällen (§ 71, 135, 387, — 402) das Zwischenurteil mit sofortiger Beschwerde selbständig anfechtbar ist, wenn es vom AG. und LG. erlassen wurde (§ 567 III), ist diese Entscheidungsbefugnis im Hinblick auf die spätere Tätigkeit des Prozeßgerichts in der Sache unbedenklich. Nicht ebenso steht es, wie bereits dargelegt, aber mit den Entscheidungen über Zwischenstreitigkeiten zwischen den Parteien nach § 303, die dem ER. über Prozeßvoraussetzungen, wie wir sahen, zwar versagt sind, ihm im übrigen aber nicht grundsätzlich entzogen sein dürften. Da einzelrichterliche Zwischenurteile nach § 303 das Prozeßgericht binden[68]), zusammen mit dem Endurteil aber regelmäßig (Ausnahme: z.B. § 270) der Anfechtung unterliegen §§ 512, 548, scheint dem einzelrichterlich verhandelten Rechtsstreit also nicht unter allen Umständen die Situation erspart zu bleiben, daß die vorbereitende Prozeßbehandlung durch den ER. eine die Arbeit der ganzen Instanz in Frage stellende Wirkung haben kann.

Im Hinblick auf diese Entscheidungen im Gegensatz zu den vom Prozeßgericht grundsätzlich abänderlichen prozeßleitenden Beschlüssen des ER.s ist es jedenfalls nicht unverständlich, wenn Sonnen in Analogie des § 576 den Parteien das Recht geben möchte, gegen die einzelrichterliche Entscheidung das Prozeßgericht anzurufen[69]). Erscheint dieser Weg bei der gerichtsorganisatorischen Stellung des ER.s, die sich scharf von der des beauftragten Richters unterscheidet, auch ausgeschlossen, so dürfte es sich doch immerhin empfehlen, den in dieser Auffassung gelegenen Hinweis auf die Problematik der einzelrichterlichen Zuständigkeitsgestaltung nicht schlechthin zu übersehen. Eine prinzipielle Beschränkung der sich unmittelbar aus der Vorbereitungsaufgabe ergebenden Entscheidungszuständigkeit des ER.s ist allerdings undurchführbar; insbeson-

---

„in Zusammenhang stehen", zum Unterschied von Püschel z.B. die Entscheidungen über Arrest und einstweilige Verfügungen. Ähnlich wie oben in der Formel auch Stein-Jonas § 349 A. V 1 und VI 6, sowie Baumbach A. 1. Einschränkender dagegen Kann „Die ZPO." S. 187, 198 und Sonnen „Das neue Zivilprozeßrecht" S. 105, 115/6.

[67]) Stein-Jonas § 349 VI 6.

[68]) KG. JW. 1925, 1799/3.

[69]) Sonnen a.a.O. 116;

dere ist es nach der Gesetzeslage nicht gerechtfertigt, dem ER. die Zwischenurteile nach § 303 überhaupt zu entziehen. Wohl aber erscheint es möglich, eine bestimmte Gruppe einzelrichterlicher Zwischenurteile nach § 303 auszuschließen, indem das die Zuständigkeit des ER.s für Entscheidungen über Prozeßvoraussetzungen begrenzende Prinzip des § 349 I 2, wonach dem ER. über diese Gegenstände der Erlaß eines selbständig unanfechtbaren Zwischenurteils versagt ist, außerhalb des Gebietes der Prozeßvoraussetzungen auf ähnlich liegende, gleichfalls die Behandlung des Prozesses in der Hauptsache oder deren Fortsetzung eröffnende prozessuale Entscheidungen zur Anwendung gebracht wird. Demgemäß wäre dem ER. die Befugnis abzusprechen, über den Einspruch gegen ein von ihm erlassenes Versäumnisurteil sowie über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist durch Zwischenurteil zu entscheiden[70]), wodurch verhindert wird, daß das Prozeßgericht genötigt ist, sich mit einem vielleicht umfangreichen Prozeß in der Hauptsache trotz Erkenntnis des dem Zwischenurteil des ER.s zugrunde liegenden Irrtums zu befassen.

Den ER. für zuständig zu halten, den Einspruch gegen ein von ihm erlassenes Versäumnisurteil zu verwerfen, oder einen Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung des Einspruchs abzulehnen, die förmliche Feststellung der Zulässigkeit dieser Prozeßhandlungen durch Zwischenurteil ihm aber zu versagen, unterliegt auch praktisch Schwierigkeiten insofern nicht, als die Parteien ein Recht auf Zwischenurteil nach § 303 grundsätzlich[71]) nicht haben. Die Verfahrensgestaltung würde dann also diese sein: der ER. verhandelt über Einspruch bezw. Wiedereinsetzung; ergibt sich die Unzulässigkeit bezw. Unbegründetheit dieser Prozeßhandlung, so entscheidet er, andernfalls aber behält er die Entscheidung über diese prozessualen

---

[70]) Ohne diese Beschränkung lassen den ER. über den Einspruch gegen ein von ihm erlassenes Versäumnisurteil entscheiden: Sonnen S. 106; Püschel S. 62; Otto S. 117; Rosenberg § 110 IV 2d; Stein-Jonas § 349 VI 4; Seuffert-Walsmann A. 4. Die Entscheidung über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist wird dem ER. grundsätzlich versagt von Kann „Die ZPO." S. 193 und Otto S. 118, unbeschränkt dagegen gewährt von Püschel S. 63; Rosenberg und Stein-Jonas a.a.O.

[71]) Ein Recht auf ein die Zulässigkeit des Einspruchs bzw. die Begründetheit der Wiedereinsetzung feststellendes Zwischenurteil besteht nur im Fall des § 347 II ZPO. Wurde Beschränkung der Verhandlung auf die Zulässigkeit des Einspruchs bzw. die Begründetheit der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist angeordnet (vgl. dazu Rosenberg § 58 II 3b a) und sind die von Amtswegen zu beachtenden Voraus-, setzungen für ein Zwischenurteil gegeben, so ist auf Antrag bei Säumnis des Gegners der Partei, die Einspruch eingelegt hat, bzw. des Restitutionssuchers Versäumniszwischenurteil nach § 347 II zu erlassen. Die Zuständigkeit des ER.s für diese Entscheidung ist im Gegensatz zu derjenigen für gewöhnliche Zwischenurteile zu bejahen, da Versäumniszwischenurteile als dem Einspruch unterliegend, selbständiger Rechtskraft fähig sind.

Fragen dem Endurteil des Prozeßgerichts in der Hauptsache vor und tritt zunächst in die weitere Verhandlung ein. Hält er es für möglich, daß das Prozeßgericht sich entgegen seiner Auffassung für Prozeßabweisung entscheiden könnte, so wird er den Rechtsstreit allerdings alsbald dem Kollegium überstellen, damit dieses sich auf Grund unmittelbarer Verhandlung rechtzeitig ein Urteil darüber zu bilden vermag, ob der Standpunkt des ER.s, wonach der Fortgang des Prozesses in der Hauptsache statthaft ist, gebilligt werden kann.

Weiter dürfte es dem ER. versagt sein, durch Zwischenurteil die Zulässigkeit der Berufung bindend für das Prozeßgericht festzustellen[72]), oder einem Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist, oder der Frist zur Begründung der Berufung oder zum Nachweis der Bezahlung der Prozeßgebühr durch Zwischenurteil bezw. Beschluß stattzugeben, wenn man die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung überhaupt für den ER. in Anspruch nimmt, was die herrschende Lehre aber mit Recht ablehnt[73]).

Von den hier aufgeführten Fällen abgesehen, aber wird das Zwischenurteil nach § 303 dem ER. zur Erledigung prozeßrechtlicher Fragen, welche nicht die Prozeßvoraussetzungen zum Gegenstand haben, freigegeben sein, wenn es sich auch empfiehlt, daß der ER. von dieser Zuständigkeit im Hinblick auf die Verbindlichkeit einer solchen Entscheidung für die ganze Instanz (§ 318 ZPO.), möglichst sparsam Gebrauch macht.

Die Rechtsprechung hat sich bisher nur mit verhältnismäßig wenigen der Fälle, die der aus der allgemeinen Vorberei-

---

[72]) Daß der ER. über die Zulässigkeit der Berufung bereits im Beschlußverfahren des § 519b entscheiden könnte, ist nicht anzunehmen, vgl. u. a. Stein-Jonas § 519b III B.

[73]) Pagenstecher „Die Berufung im neuen ZPR.", 2. S. 20 Kann zu § 348 ff. u. 7r. Sonnen S. 105; Püschel, S. 65; Otto S. 128; Rosenberg § 343 III 2. Lediglich Stein-Jonas § 523 a II erklärt den ER. für zuständig, durch Urteil über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden. Die Begründung ist indessen kaum überzeugend. Wenn Stein-Jonas zum Beleg auf das von ihm selber formulierte in § 349 A. V. 1 dargelegte Prinzip verweist, so besagt dies natürlich wenig. Auch läßt sich aus der Zuständigkeit des ER.s, über prozeßhindernde Einreden zu entscheiden, nicht folgern, daß dem ER. deshalb auch die Entscheidung über die zunächst, vor diesen zu prüfende (wenn auch weiterhin ebenfalls zu beachtende) Zulässigkeitsfrage zustehen müsse. — Zuständigkeit des ER.s, die Berufung durch Zwischenurteil für zulässig zu erklären, kann schon im landgerichtlichen Berufungsprozeß wegen der instanziellen Bindung, erst recht aber im oberlandesgerichtlichen, der Revision unterworfenen Verfahren nicht anerkannt werden. Bliebe der ER. aber für das wegen Unzulässigkeit der Berufung den Prozeß abweisende Urteil zuständig, so würde er in die Lage kommen, der nach § 519b getroffenen Entscheidung des Prozeßgerichts zuwider, den Prozeß abweisen zu können, ohne daß in den für die Zulässigkeitsfrage entscheidenden Umständen eine Änderung eingetreten ist. Man wird dem ER. also auch die prozeßabweisende Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung versagen müssen.

tungsaufgabe des ER.s abzuleitenden Entscheidungsgewalt zugehören, befaßt. Zuerkannt wurde dem ER. die Befugnis, über das Zeugnisverweigerungsrecht zu entscheiden § 387, die Verhandlung nach §§ 65, 143 ff., 246 ff. auszusetzen, die Verzögerungsgebühr nach GKG. § 39 aufzuerlegen und die Sache als Feriensache zu bezeichnen, wenn auch nur für die Verhandlung im Vorb.verf.[74]).

Dagegen haben fast sämtliche Oberlandesgerichte dem ER. die Entscheidung über das Armenrecht versagt. Zur Begründung wird angeführt[75]), daß eine Zuständigkeit des ER.s zu Endentscheidungen nur in bestimmten gesetzlich fixierten Fällen vorgesehen sei. Die Entscheidung über die Armenrechtsfrage bedeute aber, wenn sie zur Ablehnung des Gesuches führe, praktisch für die arme Partei etwas Ähnliches wie eine Endentscheidung in der Sache. Deshalb müsse sie dem ER. entzogen sein, zumal es unerträglich wäre, wenn der ER. des OLG.s unanfechtbar Armenrechtsgesuche ablehnen könnte. Durch die Befassung des Kollegiums mit der Armenrechtsentscheidung werde auch nicht das Prinzip der Beschränkung der Kollegialtätigkeit auf die Schlußverhandlung des Prozesses verletzt, da die Armenrechtsentscheidung auch ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Bei Prüfung dieser praktisch wichtigen Frage ist davon auszugehen, daß das Kollegium als Endentscheidungsgericht gewiß am ehesten geeignet erscheint, das mutmaßliche Ergebnis des Prozesses im voraus zu ermitteln und deshalb auch am besten in der Lage sein würde, Armenrechtsgesuche in richtiger Würdigung der Chancen des Prozesses zu verbescheiden. Nachdem aber das ER.verfahren eingeführt ist, welches die ganze Verfahrensinstruktion der einzelrichterlichen Voraussicht in die spätere Rechts- und Tatsachenauffassung des Kollegiums anvertraut, liegt es nahe, auch die Armenrechtsentscheidungen, die während des Vorb.verf.s anfallen, dem ER. zu überlassen, der den status causae et controversiae auf Grund von unmittelbarer Verhandlung kennt, und dem man ja auch für das Schicksal des Prozesses nicht minder lebenswichtige Entscheidungen nicht vorenthalten will. Und die Rechtsprechung würde diesen auf dem Boden des ER.-institus nur konsequenten Standpunkt auch gewiß anerkannt haben — wenn nicht die armenrechtsversagenden Beschlüsse des OLG.s unanfechtbar wären, was neuerdings auch für die des LG.s als Berufungsinstanz gilt[76]). Eine solche Verantwortung dem ER. des Berufungsgerichts aufzubürden, scheut man sich verständ-

---

[74]) Rechtssprechungsnachweise bei Rosenberg 3 § 110 IV 3. Aus neuester Zeit sind außerdem folgende Entscheidungen zu vermerken: OLG. Jena (Rechtspfleger 31, 211) versagt dem ER. die Entscheidung über Einwendungen gegen den Kostenansatz und OLG. Kiel sowie Frankfurt (HRR. 31, 991/1973) die Festsetzung des Streitwerts.

[75]) Vgl. etwa JW. 1925, 1394.

[76]) VO. des Reichspräsidenten v. 1. XII. 1930 Teil 9 § 5.

licherweise. Zur zweckmäßigen und positiv-rechtlich richtigen Lösung scheint nun die folgende Erwägung zu führen: Es läßt sich zwar ein unanfechtbarer Armenrechtsversagungsbeschluß in seiner praktischen Wirkung für die arme Partei einem abweisenden Endurteil gleichstellen, nicht aber der anfechtbare, das Armenrecht versagende Beschluß des erstinstanzlichen Landgerichts! Bei Zugrundelegung des von der Rechtsprechung herangezogenen Gesichtspunktes in dem Umfang, in dem derselbe Billigung verdient, läßt sich mithin das Ziel, dem ER. des landgerichtlichen Berufungsverfahrens und des Oberlandesgerichts die Armenrechtsentscheidung zu versagen, bei letzterem damit er nicht in die Lage kommt, Prozesse vom Weg zum Reichsgericht auszuschließen, erreichen, ohne zugleich auch den erstinstanzlichen ER. des Landgerichts beschränken zu müssen. Im erstinstanzlichen Landgerichtsprozess dürfte während des Vorb.verf.s der ER., der den Prozeßstoff vielleicht schon zu sichten begonnen hat, oder die infolge der Armenrechtsentscheidung veranlaßte Einsicht in den Streitstoff gegebenenfalls alsbald für die inhaltliche Gestaltung des Vorb.verf.s verwerten kann, also auch für die Gewährung, Versagung und Entziehung des Armenrechts zuständig sein[77]), [78]), während im Berufungsprozeß die Kammer, bezw. der Senat diese Entscheidungen zu treffen hat[79]).

---

[77]) Rosenberg § 110 IV 3 versagt dem ER. die Entscheidung über das Armenrecht im Anschluß an die Rechtsprechung, weil dieselbe nicht „im Zusammenhang" mit der Förderungsaufgabe stehe; aber besitzt die Anordnung eines Arrestes, der einstweiligen Verfügung oder der Beweissicherung, die Rosenberg dem ER. einräumt, in höherem Maße „Zusammenhang" mit der Vorbereitungsaufgabe als die Armenrechtsentscheidung?

[78]) Bei dem im Text eingenommenen Standpunkt wird die Frage gegenstandslos, ob der ER. des Landgerichts durch Parteiwillen zur Armenrechtsentscheidung ermächtigt werden kann, welche von der Rechtsprechung seltsamerweise verneint worden ist (OLG. Celle JW. 1926, 2466/8) — ohne zu bedenken, daß von einem Prozeßgesetz, welches den Parteien für die größten vermögensrechtlichen Prozesse den ER. als Urteilsrichter präsentiert (§ 349 III) erwartet werden darf, daß es diesem auch das bei der Armenrechtsentscheidung beteiligte staatliche Interesse anvertrauen mag.

[79]) Die hier vorgeschlagene Lösung hat — wie ich sehe — in neuester Zeit auch Rumpf JW. 1933, 1237 empfohlen.

2. Kapitel.

§ 5.

Allgemeine prozeßpolitische Kritik des Verfahrens vor dem Einzelrichter.

I. Die Frage der Gerichtsbesetzung unter Berücksichtigung der Aufgaben der Ziviljustiz im neuen Staat.

Bei Beurteilung des Verf.s v.d.ER. unter dem Gesichtspunkt seiner Zweckmäßigkeit entsteht — wenn man von dem Problem, welches in der Teilung des von Natur einheitlichen Verf.s in zwei Abschnitte liegt, zunächst absieht — die Frage, ob sich überhaupt empfiehlt, im landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Prozeß sämtliche oder doch wichtige Aufgaben des Gerichts von einem einzelnen Richter erledigen zu lassen, ob nicht der vom geltenden Recht und vom E. dem ER. zugewiesene Aufgabenkreis schon deshalb besser beim Kollegialgericht verblieben wäre, weil von einem mit mehreren Richtern besetzten Gericht sachgemäßere Tätigkeit zu erwarten ist als von einem einzelnen Richter. Es handelt sich um die vielbesprochene Frage der Prozeßpolitik, ob monokratische oder kollegiale Gerichtsverfassung die bessere ist[79a]), die sich im üblichen Sinne erhebt, soweit es sich um die Vollzuständigkeit des ER.s handelt, die aber auch speziell für einzelne richterliche Tätigkeiten gestellt werden kann und im vorliegenden Fall dann dahingeht, ob im Besonderen die Vorbereitung des sachentscheidenden Urteils durch einen einzelnen Richter, wie sie die Grundlage des Verf.s v.d.ER. bildet, zweckentsprechend ist.

Die Gesetzgebung hat den ER. weitgehend zum Erlaß von Urteilen ermächtigt. Daraus ist zwar nicht zu entnehmen, daß der Novellengesetzgeber bzw. die Entwurfverfasser dem einzelnen Richter eine gleiche Eignung für den im Mittelpunkt der

---

[79a]) Vgl. zur Frage u. a.: Haymann „Festschrift für Stammler" 1926 S. 395; Kann „Festschrift für Heilfron" 1930, S. 175 ff; Kisch „Unsere Gerichte und ihre Reform" 1908, S. 17 ff; Peters „Das englische bürgerliche Verfahren und die Deutsche Zivilprozeßreform" 1908, S. 59, 64; R. Schmidt Z. f. Politik 1. Bd. S. 245 ff.; Vierhaus in Verhandlungen zum 29. Deutschen Juristentag S. 585/6; Wach DJZ. 1908,9 welche kollegiale Gerichtsbarkeit befürworten — während u. a. Adickes „Grundlinien einer durchgreifenden Justizreform" 1906, S. 113 und „Zur Verständigung über die Justizreform" 1907, S. 70; Schiffer „Die Deutsche Justiz" 1928, S. 319 und Schwartz „Erneuerung Deutscher Rechtspflege" 1908, S. 119 für das Einzelrichtertum eintreten.

gerichtlichen Rechtspflegetätigkeit stehenden Urteilsakt zusprechen wie dem Mehrheitsgericht. Ist doch nach wie vor für die bedeutenderen Klagsachen die grundsätzliche Zuständigkeit zur urteilsmäßigen Erledigung den kollegialen Spruchkörpern der Landgerichte und Oberlandesgerichte vorbehalten und die abschließende Erledigung der Rechtsstreitigkeiten durch den ER. dieser Gerichte nur als Ausnahme zugelassen worden[80]). Immerhin aber liegt dieser Ordnung die Auffassung zugrunde, daß auch einzelrichterliche Endentscheidung in landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Sachen an sich wohl zu verantworten sei, oder man sich mit dem in dieser Zuständigkeitsgestaltung vielleicht zu findenden Nachteil im Interesse der Verfahrensrationalisierung doch jedenfalls abfinden könne. Ist eine so weitgehende Verwendung der richterlichen Einzelpersönlichkeit zweckmäßig?

Wie jedes Organisationsprinzip seine Vorzüge hat, so besitzt auch die monokratische Gerichtsverfassung eine Reihe von Vorteilen. Und so haben sich oftmals gerade hervorragende Persönlichkeiten auch für die höhere Ziviljustiz zum Einzelrichtertum bekannt[81]). Der Verwirklichung dieses Projekts dürfte indessen von jeher entgegenstehen, daß es ein „Richterkönigtum" voraussetzt, welches nur unter selten günstigen, in Deutschland bisher nicht erreichten wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen, nicht aber allein durch den Wunsch, es zu besitzen, heranwächst. Eine mit dem vorhandenen Richtermaterial rechnende, den Boden der Wirklichkeit nicht verlassende Prozeßpolitik wird daher beim Vergleich der Vorzüge und Nachteile der beiden Organisationsformen schließlich nach wie vor der Kollegialgerichtsbarkeit den Vorzug zu geben haben und mit diesem Standpunkt steht es in Widerspruch, wenn in landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Klagsachen das Endurteil unter Umständen von einem einzelnen Richter gesprochen wird, sich mithin der Gesamtprozeß vor diesem abwickelt.

Da die Frage im nationalsozialistischen Staat im Hinblick auf das Führerprinzip von grundsätzlicher Bedeutung ist, ist hier vorweg ein kurzer Blick auf die politische Seite des Problems zu werfen.

Die kritische Einstellung gegenüber der monokratischen Behördenverfassung entstammt der Aufklärungsphilosophie, wie Montesquieu's Satz „un magistrat unique ne peut avoir

---

[80]) Dagegen ist der Vorentwurf der Novelle 1924 in § 348 für den landgerichtlichen Vermögensprozeß von der Vollzuständigkeit des ER.s ausgegangen Rhein.Z. 1924, Sonderheft S. 15.

[81]) Berühmt ist Bismarck's Stellungnahme gegen die Kollegialverfassung in „Gedanken und Erinnerungen" I, S. 13, wo es heißt „daß die amtlichen Entschließungen an Ehrlichkeit und Angemessenheit dadurch nicht gewinnen, daß sie kollegialisch gefaßt werden". Nach Wach „Grundfragen" 1914, S. 49 ist der Einzelrichter auch ein Lieblingsgedanke von Pape, dem Präsidenten des Reichsoberhandelsgerichts gewesen.

lieu que dans le gouvernement despotique" zeigt. Für das Gebiet der Gerichtsverfassung hat die Organisationsfrage ihren Zusammenhang mit der demokratisch-liberalen Gedankenwelt aber längst verloren. Deshalb konnte England, der Staat strengster liberaler Observanz, sich weitgehend für den Einzelrichter entscheiden, während das faschistische Italien an der Kollegialgerichtsbarkeit für die wichtigeren Klagssachen auch künftig festhalten will[82]). Solcher Entscheidung liegt die Überzeugung zugrunde, daß der Führergedanke, der die politische Willensentscheidung der starken autoritären Persönlichkeit zu alleiniger Verantwortung gibt, keineswegs ohne weiteres verwertbar erscheint bei der Organisation von Behörden, deren Aufgabe nicht auf dem Gebiet der produktiven autonomen politischen Tat liegt, sondern nachgestaltender Natur, nämlich Vollziehung des gesetzgeberischen Willens ist. Ist die gerichtliche Tätigkeit im Wesentlichen nicht eine solche des Wollens, sondern des Erforschens und Erkennens (von Rechtlichem und Tatsächlichem), so dürfte die Heranziehung mehrerer Richter zu einer wichtigen Entscheidung mit dem Führerprinzip nicht weniger vereinbar sein, als die Gepflogenheit, die Aufstellung einer schwierigeren Diagnose einem Ärztekonzilium zu überlassen. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß die Aufgabe der Einzelpersönlichkeit an der Spitze von Regierungs- und Verwaltungsbehörden doch wesentlich dahin geht, autonom die Grundlinien der behördlichen Tätigkeit festzulegen, über deren Innehaltung im allgemeinen zu wachen und in zweifelhaften Fällen durch eigene Entscheidung die innere Übereinstimmung der gesamten Tätigkeit der Behörde sicherzustellen, daß sie aber bei der Vorbereitung ihrer Entscheidungen, insbesondere in technischen Fragen, auf den Stab sachkundiger Mitarbeiter angewiesen ist und der Chef der Behörde wichtige Entscheidungen darum so gut wie niemals ohne Anhörung und sorgsame Beratung mit den Referenten treffen wird, für die er dann allerdings allein die Verantwortung trägt. Im Gegensatz hierzu ist der einzelne Richter sowohl bei der Vorbereitung wie der Entscheidung des Rechtsstreits auf sich selbst gestellt, und daran ändert sich auch im Anwaltsprozeß nicht viel. Denn die Mitarbeit der Anwälte als Parteivertreter dient mehr oder weniger immer der Erzielung des richtigen Urteils, wie die Parteien es verstehen und nicht in dem objektiven, für das Gericht maßgebenden Sinn. So wichtig und unentbehrlich die rechtskundige Bearbeitung des Streitfalls auch vom Standpunkt der Parteien für die Rechtspflege zweifellos ist, die richterliche Tätigkeit wird durch sie keineswegs immer erleichtert. Jedenfalls aber

[82]) Entwurf einer italienischen ZPO. von 1926 Vgl. über diesen Carnelutti, Z. ausl. PrR. 1929, insbes. S. 184, 192 ff. und Walsmann Z. ausl. PrR. 1928, S. 383 ff.

bedeutet die Verhandlung des Gerichts mit den Anwälten ein ganz anderes Miteinanderwirken — als die Beratung mit unmittelbar für das gleiche Ziel tätigen Mitarbeitern, und dieser Möglichkeit bedarf es regelmäßig, um in schwierigeren Klagsachen zum richtigen Urteil zu kommen[82a])!

Prüft man die Organisationsfrage des näheren, so ergibt sich als Vorzug des einzelrichterlichen Verfahrens — abgesehen davon, daß es das billigere ist, daß es die Richterverantwortlichkeit steigert und dadurch die Leistungsfähigkeit der Richter entwickelt. Es funktioniert vielleicht auch etwas schneller als das Kollegialverfahren; auch ist es einesteils wohl ein Vorteil, daß es den urteilsverantwortlichen Richter in Person den Parteien zeigt[83]). Demgegenüber ist als Nachteil des einzelrichterlichen Systems zu verzeichnen die Tatsache, daß der Einzelrichter unsachlichen Zumutungen naturgemäß nicht so widerstandsfähig begegnen kann als ein Mehrheitsgericht, und daß bei ihm deshalb auch leichter, und sei es noch so unbegründeterweise der Verdacht der Befangenheit aufkommt. Weiter besteht die Gefahr, daß ein einzelner Richter, der des Ansporns, den pflichteifrige Kollegen darstellen, entbehrt, dessen Amtsübung von keinem Kollegen unmittelbar überwacht wird, seine Tätigkeit lässiger ausübt. Auch wird der Einzelrichter naturgemäß leichter Stimmungen des Augenblicks unterliegen und in höherem Maße zu Überheblichkeit gegenüber Parteien und Anwälten neigen als das von mehreren Richtern besetzte Gericht, indem sich Fähigkeiten, Temperament und Lebensalter der einzelnen Mitglieder immer wieder aufs Neue ausgleichen[84]).

Wie sehr die Einzelgerichtsbarkeit in ihrem einwandfreien Funktionieren gerade von letzterer Gefahr bedroht ist, zeigen die Erfahrungen, die Oesterreich mitseinem in besonders weiter Zuständigkeit tätigen Einzelrichter gemacht hat. Von Interesse ist hier ein Erlaß des österr. Bundesministeriums für Justiz aus dem Jahr 1930[85]), in dem im Hinblick auf die gemachten Erfahrungen in unverhältnismäßig ausführlicher Weise an die

---

[82a]) Daß das Führerprinzip sehr wohl ein Festhalten an der Kollegialverfassung der Gerichte gestattet, bemerkt auch Kisch in seiner Rede auf dem Deutschen Juristentag 1933 DJZ. 1933, 1318. Vgl. auch Kern „Das neue Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht" 1934. S. 25.

[83]) Die gewisse Anonymität der Kollegialentscheidung bedeutet aber auch eine nicht geringe Sicherung wirklicher Unabhängigkeit des Urteils. Nicht zuletzt deshalb kehrte man in Frankreich trotz der Bewerberkrise für das Richteramt in den wichtigen Streitsachen alsbald zum Kollegialsystem zurück. Vgl. Weinkauf, Jur. Rdschau 1929, 226 f.

[84]) Vgl. u. a. Leonhard, JW. 1930, 538, der mit Recht Mügel, Justizreform 1930, S. 30 gegenüber bemerkt, die Entscheidung für den Einzelrichter oder das Kollegium sei keineswegs eine Frage der Weltanschauung, sondern der Erfahrung und müsse deshalb im Hinblick auf den Durchschnittsrichter getroffen werden. Vgl. auch Deerberg JW. 1930, 601.

[85]) JW. 1930, 1482;

selbstverständlichen richterlichen Pflichten erinnert worden ist. Es heißt da, daß die Verhandlungen oft darunter leiden, daß der Richter es an der nötigen Ruhe und Gelassenheit im Verkehr mit den Parteien und ihren Vertretern, insbesondere auch bei der Befragung der Zeugen fehlen lasse; sodann wird betont, daß es eine der wichtigsten Pflichten des Richters sei, durch sein persönliches Auftreten die Würde des Amts zu wahren und den Eindruck der vollen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des Gerichtes zu festigen, und weiter, daß es nicht angeht, den Parteien Rügen und Zensuren in Sachen zu erteilen, die nicht ihr prozessuales Verhalten betreffen. Die Gefahr des im Schutz der Prozeßleitungsgewalt allzu „forschen" oder unangebracht moralisierenden Einzelrichters aber läßt sich, solange man nicht ausschließlich Richterpersönlichkeiten von reifer abgeklärter Lebenserfahrung und außerordentlicher Selbstdisziplin zur Verfügung hat, nicht beseitigen, wogegen durch Zusammenschluß mehrerer Richter von durchschnittlichen intellektuellen und charakterlichen Eigenschaften im allgemeinen sehr wohl ein einwandfrei agierendes, maßhaltendes und würdewahrendes Gericht gebildet werden kann[86]).

Kollegiale Verfassung der Gerichte für die wichtigeren Prozesse empfiehlt sich auch, weil die Verhandlungen vor mehreren Richtern sich erheblich fruchtbarer zu gestalten pflegen als vor einem einzelnen Richter. Der Anreiz für die Anwälte, sich für ihre Auffassungen auch in der mündlichen Verhandlung mit Nachdruck einzusetzen, ist größer, wenn mehrere Richter zuhören: die Bedeutung der mündlichen Verhandlung wird gesteigert[87]). Zudem pflegt den Kollegialgerichten in aller Regel ein umfassenderes Erfahrungswissen, insbesondere auch auf Sondergebieten zu Gebote zu stehen[88]). Vor allem hat das Kollegium als Spruchkörper vor dem Einzelrichter aber voraus, daß die Beteiligung mehrerer gesetzeskundiger Richter an einer Entscheidung zu richtigeren, weil mittleren, extreme Auffassungen meidenden Lösungen führt, zu solchen, die der durchschnittlichen Rechtsanwendung nahekommen[89]), was insbesondere bei Rechtssätzen mit „elastischem" Tatbestand von Bedeutung ist. Solche Bestimmungen enthalten unsere materiellen Gesetze in nicht geringem Maß und man wird sagen dürfen, daß der Gesetzgeber sich dieser, dem lebendigen Fluß der Entwicklung auf dem Gebiet der Wertvorstellungen innerhalb des Rechtssystems zur Wirkung verhelfenden Normen, nicht zuletzt deshalb ohne Bedenken bedienen konnte, weil ihre Gefahr für eine maßvolle und voraus-

---

[86]) Dieser Gesichtspunkt übersehen bei Engeler „Der Einzelrichter in den schweizerischen Zivilprozeßrechten" Diß. Zürich 1929 S. 6.

[87]) Ernst Cohn JW. 1930, 613.

[88]) E. Begr. S. 246.

[89]) Sauer Grdlgen des Prozeßrechts, II, 1929 S. 74; auch Kisch JW. 1930, 602.

sehbare Rechtsanwendung für die wichtigeren Klagfälle durch die kollegiale Gerichtsorganisation gebannt schien. Die Aussicht, daß etwa die Ehescheidungsklage aus Zerrüttung richtig, d. i. unter Zugrundelegung der tatsächlichen Würdigung eines „Normalrichters" entschieden wird, ist beim Mehrheitsgericht unzweifelhaft eine ungleich größere. Des weiteren ist an die Tradition des Mehrheitsgerichts, welche auch beim Wechseln einzelner Richter eine gleichmäßige Spruchpraxis zu gewährleisten vermag und nicht zuletzt an die belehrende Wirkung kollegial-gerichtlicher Beratung als Förderung einer guten Judicatur zu erinnern: Der entscheidende Einzelrichter kann sich nicht die Auffassung eines in der Gesetzeskenntnis und Lebenserfahrung überlegenen Gerichtsmitglieds bei seiner Urteilsbildung zu Nutze machen, wie ihm auch die äußere Anregung fehlt, nötigenfalls selber den Dingen noch einmal tiefer auf den Grund zu gehen.

Die Vorzüge kollegialgerichtlicher Tätigkeit werden zwar wohl etwas getrübt aber keinesfalls beseitigt durch die Tatsache, daß die Kollegialgerichte für den Einzelfall einen Referenten bestellen. Denn diese Übung überantwortet die Entscheidung keineswegs der Souveränität eines einzelnen Richters, wie u. U. das ER.institut —, sondern die Sachbehandlung durch den Referenten erfolgt unter dem fördernden Einfluß der durch das entscheidende Kollegium zu erwartenden Kritik und im Hinblick auf diese. Der Sachbearbeiter handelt nicht als einzelner Richter, sondern umgekehrt vielmehr als Exponent kollegialgerichtlicher Tätigkeit[90]).

Die Kollegialgerichtsbarkeit empfiehlt sich schließlich aber auch durch den Umstand, daß die Tatsache, daß ein Urteil von drei Richtern gefällt und unterzeichnet ist, diesem eine breitere Vertrauensbasis schafft, als sie ein einzelrichterliches Urteil finden wird. Unser Volk hat ein ausgesprochenes Empfinden dafür, daß die aller Rechtssprechung innewohnenden unkontrollierbaren irrationalen Momente in einem Kollegialurteil weniger und nicht so einseitig wirksam werden können als im Spruch des einzelnen Richters, und daß die

---

[90]) Leider ist die Kollegialität der Urteilsbildung in der Gerichtspraxis mancherorts zu einer bloß scheinbaren geworden, da es die Vorsitzenden mit der Beratungsaufgabe im Falle ihrer Übereinstimmung mit dem Referenten nicht immer ernst zu nehmen scheinen. Vgl. Gerland's Hinweis auf diese Ungesetzlichkeit in Judicium IV, S. 292, sowie Baumbach DJZ. 1931, 1229. Als Ausnahme gegenüber den Gepflogenheiten der Praxis teilt Leibfried JW. 1930, 747 mit, daß in Württemberg in den Landgerichten noch wirkliche Beratungen stattfinden. — Als Mittel zur Auffrischung der Kollegialität der Entscheidungen ließe sich erwägen die Einführung des Zwanges, die Voten in Kürze schriftlich zu begründen. oder der Befugnis des überstimmten Richters, seine Ansicht in einem Sondervotum niederzulegen. Früher hat man eine wirkliche Zusammenarbeit der Kollegialrichter zeitweise durch öffentliche Stimmabgabe zu sichern versucht, vgl. Schwartz, „Erneuerung Deutscher Rechtspflege" 1908, S. 122.

Rechtsfindung, die ein sorgfältiger Erkenntnisakt sein soll, bei einem Richterkollegium besser aufgehoben ist als bei einer monokratisch organisierten Behörde. Nimmt man hinzu, daß fast alle Kontinentalstaaten mit den wichtigeren Klagsachen Kollegialgerichte befassen[91]), daß das Kollegialsystem in den Schiedsgerichtsordnungen üblich ist und auch die Verwaltungsgerichtsbehörden der deutschen Länder im allgemeinen beherrscht[92]), so kann es also als ausgemachter Erfahrungssatz gelten, daß das Mehrheitsgericht als Spruchorgan grundsätzlich dem Einzelrichter überlegen ist, soweit es sich um die Entscheidung von bedeutenderen Streitsachen handelt.

Nicht den geringsten Zweifel aber dürfte diese Tatsache dulden, wenn man die besonderen Aufgaben, die der nationalsozialistische Staat im Hinblick auf die Rechtserneuerung der Ziviljustiz stellt, in Betracht zieht. Die Auswirkungen der Neuordnung unseres gesamten staatlichen Lebens auf das Rechtswesen lassen sich gegenwärtig natürlich noch nicht entfernt absehen. Aber so viel scheint sicher zu sein, daß der Geist, in dem die bürgerliche Rechtspflege künftig betrieben wird, sich aufs deutlichste von der Aera des liberalen Rechtsstaats unterscheiden muß, daß die Gerichte unmittelbar im Dienst der Erneuerung des materiellen Rechts stehen und von ihnen in unserer Zeit daher außergewöhnliche und schöpferische Aufgaben zu bewältigen sind.

Wie Helmut Nicolai darlegt[93]), ist im neuen Staat der Richter Diener des Rechts, nicht des Gesetzes. „Er hat Recht zu sprechen, nicht das Gesetz auszulegen und wenn mit der vollen Schärfe des Gesetzes Unrecht geschehen würde, so ist er eben dazu da, dieses zu verhindern und seine Entscheidung, die entsprechend wohlerwogen sein muß, selbständig frei zu begründen. Hierbei muß ihm die lebensgesetzliche Rechtslehre Richtschnur sein, er muß sich zum Leitstern den ewigen Rechtsgedanken und die unveränderlichen sittlichen Grundsätze nehmen, die letzthin Quelle allen Rechts sind".

Dieser Hinweis auf die Aufgaben der Ziviljustiz im neuen Staat mag zeigen, welch hervorragende Bedeutung der Organisationsfrage gegenwärtig zukommt und wieviel für das endgültige Gelingen der Rechtsreform davon abhängt, daß gerade sie ernst behandelt und großzügig gelöst wird. Unser Ergebnis ist also, daß die Kollegialgerichtsbarkeit für die wichtigeren Klagssachen aus allgemeinen Erwägungen wie im Hinblick auf die besondere konkrete geschichtliche Situation unseres Rechtslebens entschieden den Vorzug verdient. Zu dieser Einsicht treten die Bestimmungen des ein-

---

[91]) Vgl. die Übersicht bei Cohn J.W. 1930, 612.
[92]) Kisch JW. 1930, 602.
[93]) „Die rassengesetzliche Rechtslehre" Nationalsozialistische Bibl. Heft 39, 1932. S. 39.

zelrichterlichen Verfahrens in Widerspruch, soweit sie dem ER. über die Aufgabe, Formalurteile zu erlassen, hinaus Endurteilszuständigkeit zuweisen.

Da die Befassung des ER.s mit der Vorbereitungsaufgabe der Anlaß zu dieser Regelung gewesen ist, ist noch eigens die Frage aufzuwerfen, inwieweit der ER. speziell für die Vorbereitung der Rechtsstreitentscheidung geeignet erscheint, ob nicht auch diese prozeßrichterliche Funktion ihrer ganzen Beschaffenheit nach gründlicher und zuverlässiger vom Kollegialgericht erledigt würde.

Ein Vergleich der Vorbereitungsaufgabe mit der der Endentscheidung zeigt nun, daß diese beiden Tätigkeiten der prozeßrichterlichen Amtsübung sich nur äußerlich sondern lassen.

Der Prozeß als Zusammenhang aufeinander folgender und ineinander greifender Handlungen ist in allen seinen Bezügen und Momenten ein auf Herbeiführung und Konkretisierung der im Urteil zu vollziehenden richterlichen Rechtsentscheidung gerichtetes, in sich geschlossenes Leistungsganzes — ein funktionales Kontinuum, in dem sämtliche Stellungnahmen und Tätigkeiten der Prozeßsubjekte dem schließlichen Prozeßergebnis zugewendet sind. Von der Ordnung dieses Geschehens, in dem jede Handlung irgendwelchen Bezug auf die Herbeiführung der prozessualen Rechtsentscheidung hat und für diese unmittelbar oder mittelbar maßgebend sein kann, aber scheint es gefordert, daß die gerichtliche Tätigkeit nicht als spätes Akzidenz dem zunächst parteiherrschaftlich entwickelten Verfahren sich anschließt, sondern von vornherein in den prozessualen Vorgang eingegliedert, an ihm maßgebend beteiligt ist. Der das Prozeßgeschehen parteilicherseits beherrschenden einheitlichen Bewegung auf das richterliche Urteil hin entspricht eine die Streitverhandlung von vornherein in allen Entwicklungen begleitende, der inneren Einheit des prozessualen Vorgangs von der Klagerhebung bis zur Endentscheidung konforme richterliche Prozeßleitung als wichtiger Teil der rechtspflegenden Tätigkeit des Gerichts.

Soll die Abwicklung des Prozesses sinn- und zielvoll sein, so bedarf die Rechtspflegehandlung schon bald nach ihrer Einleitung und während des ganzen Verlaufes richterlicher Kognition, wenn diese zunächst auch nur als eine vorläufige, vorbehaltlich der weiteren Verfahrensergebnisse wirksam werden kann. Der Plan, welcher der Prozeßleitung zugrunde zu legen ist, läßt sich nur im Hinblick auf den für das spätere Urteil vermutlich maßgebenden Rechtssatz aufbauen und ebenso bedürfen die richterlichen Erwägungen über die Beweislage, ob überhaupt, in welchem Umfang und in welchem Zeitpunkt Beweise anzuordnen und zu erheben sind und nicht weniger die Bestimmung der Schlußverhandlungsreife

des Rechtsstreits einer schon weitgehend bestimmten Vorstellung vom vermutlichen späteren Urteil. Zur richtigen Entscheidung des Prozesses bedarf es somit gerade, und vielleicht vor allem im „Vorbereitungsstadium" der Rechtspflegehandlung des vollen Einsatzes prozeßrichterlicher Fähigkeit, sodaß also auch die Aufgabe der Urteilsvorbereitung, wie sie dem ER. als Instruktionsorgan gestellt ist, wohl grundsätzlich befriedigender von dem, wie dargelegt, leistungsmäßig besser qualifizierten Mehrheitsgericht erfüllt werden wird, als von einem einzelnen Richter. Zugunsten des ER.s auf dem Tätigkeitsgebiet der Verfahrensvorbereitung hat man geltend gemacht, daß sich vor diesem die Streitverhandlung beweglicher, zwangloser und deshalb ergebnisreicher abspielen würde, als vor der Richterbank des Kollegiums — eine Ansicht, der jedoch entgegenzuhalten ist, daß andererseits auch die F ö r m l i c h k e i t, die dem mehrheitsgerichtlich verhandelten Verfahren anhaftet, die Konzentration der Streitverhandlung und die richtige Urteilsbildung doch wohl nur b e g ü n s t i g e n kann. Ebensowenig läßt sich die Befassung des ER.s mit der Vorbereitungsaufgabe rechtfertigen durch die kurzerhand aufgestellte Behauptung, der ER. eigne sich im besonderen für die S a c h v e r h a l t s ermittlung und für eine energische zielbewußte Formung des Verfahrens, also gerade für die Aufgaben eines Instruktionsrichters[94]). Denn einmal ist nicht einzusehen, warum ein wohlvorbereitetes Mehrheitsgericht an sich zaghafter operieren sollte, als der unter der Last alleiniger Verantwortung arbeitende ER. Geschieht dies aber trotzdem, so kann es sich doch wohl nur um die Bedachtsamkeit der gründlicher erwogenen Entscheidung handeln. Die Haltlosigkeit des dem ER. b e s o n d e r e Eignung gerade für die Sachverhaltsermittlung zusprechenden Arguments aber beleuchtet der Umstand, daß der diametral entgegengesetzte Standpunkt, wonach dem ER. zwar wenig auf dem Gebiet der tatsächlichen Feststellungen, umso mehr aber als zuverlässigem, ja schöpferischem Rechtsfinder[95]) zugetraut wird, eine n i c h t m i n d e r entschiedene und lebhafte Vertretung gefunden hat und es sich somit wohl als ge-

---

[94]) S a u e r l ä n d e r, „Zivilprozeßnovelle und Zivilprozeßreform" 1925, S. 26; E p p i n g in DRZ. 1932, 335 ff.; S p r o t t e, DRZ. 1932, 207.

[95]) H e f f t e r, Arch.ziv.Pr. Bd. 13, S. 64, 95, hält den ER. für überlegen gegenüber dem Kollegium in der Entscheidung von Rechtsfragen. Ebensowohl auch D o s e n h e i m e r, DRZ. 1929, 367, der die weitgehende Heranziehung des Einzelrichtertums durch die Novelle damit rechtfertigt, daß im Zivilprozeß in der Regel die rechtliche Seite ausschlaggebend sei (a.M. P ü s c h e l, Jur. Rdsch. 1932, 61, und G u t t m a n n, ZZP. 55, S. 38 ff.) Auch R o s e n t h a l DRZ. 1929, 125, erklärt sich für den Einzelrichter im Hinblick auf dessen angebliche rechtsfinderischen Fähigkeiten. Das Kollegium sei für die Rechtsfindung, die das Produkt eines vehementen schöpferischen Rechtsgefühls sei, das den gleichen seelischen Zustand wie der Prozeß künstlerischen Erzeugnis hervorrufe, nicht so geeignet.

raten erweist, die angeblichen vorzüglichen und speziellen Befähigungen des ER.s auf sich beruhen zu lassen.

Es bleibt also dabei, daß die Vorbereitung des Verf.s, welche den vollen Einsatz des Richteramts kaum weniger beansprucht, als die Tätigkeit der Schlußverhandlung und Urteilsbildung und -formulierung ebensowenig wie diese anderen Aufgaben des richterlichen Geschäftskreises es an sich verträgt, in den wichtigeren Klagfällen Gegenstand der Tätigkeit nur eines einzelnen Richters zu sein und eine Regelung, welche die Vorbereitung der Urteile weitgehend Einzelrichtern zur ausschließlichen selbständigen und selbstverantwortlichen Erledigung, also unabhängig von einer Bestimmung der Dauer des Vorbereitungsverfahrens durch das Mehrheitsgericht sowie von sachlichen Instruktionen des Kollegiums aufgibt, daher grundsätzliche Bedenken erregen muß. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob es die Absicht der Gesetzgeber der Novelle 1924 war, in dieser Weise die Vorbereitungsaufgabe dem ER. zu selbständiger und vom Kollegium durchaus unabhängiger Wahrnehmung zu übertragen.

Jedenfalls ist diese Auffassung für das Recht von 1924 zur Herrschaft gelangt und nach der Gesetzeslage, wie wir sahen, begründetermaßen. Dagegen hat die Novelle 1933 im Anschluß an den E. 31 eine andere Ordnung des Verhältnisses von ER. und Kollegium zur Geltung gebracht, das Vorbereitungsverfahren des ER.s in bestimmter Weise der Kontrolle und Leitung des Kollegiums unterstellt — eine Regelung, die noch sorgfältig zu betrachten sein wird, deren Einführung aber schon in diesem Zusammenhang interessiert als Bestätigung unserer Ansicht, daß in wichtigeren Klagsachen ein einzelner Richter auf sich allein gestellt, zur maßgebenden Vorbereitung der Rechtsstreitentscheidung nicht wohl geeignet erscheint.

Das Unmittelbarkeitsprinzip.

§ 6.

1. Einleitung: Das Sachverhaltsproblem. Wahrheitspflicht. Parteivernehmung.

Als die Notgesetzgebung 1924 das Verfahren vor dem ER. einführte, war die Zeit wenig dazu angetan, für Fragen des Zivilprozesses ein tieferes Interesse aufzubringen, als das auf äussere Rationalisierung: Verkürzung und Verbilligung des Verfahrens gerichtete. So kam es, daß damals, obschon längst Erfahrungsstoff vorlag, der zu grundsätzlicheren Entscheidungen drängte, von einer tiefergreifenden Reform des Prozesses abgesehen und das Verfahren vor dem ER. in den alten, den Grundlagen nach im wesentlichen unveränderten Prozeß eingestellt wurde. Demgegenüber wird es im Verfahrensrecht der Novelle vom 27. 10. 1933 sowie in der künftigen Neuordnung des Prozeßrechts, wenn es übernommen werden sollte, in einen wesentlich veränderten Raum zu stehen kommen, der bevor das Einzelrichterinstitut in seinen eigenen Zusammenhängen gewürdigt werden kann, in den Grundzügen hier zunächst zu kennzeichnen ist. Das Verhältnis des Vorbereitungsverfahrens zu dem durch Einführung der Wahrheitspflicht und Parteivernehmung veränderten Prozeß, ist wichtige Frage einer Gesamtwürdigung des Einzelrichterinstituts.

Die Prozeßreform sieht mit Recht ihre Aufgabe darin, mehr als bisher für eine möglichst adäquate Erfassung des Sachverhalts im Zivilverfahren Sorge zu tragen. Man ist sich in neuerer Zeit zunehmend bewußt geworden, daß nicht die Rechtszweifel, sondern die Tatsachenzweifel im allgemeinen den Zivilprozeß beherrschen und die Richtigkeit des Zivilurteils in aller Regel davon abhängt, daß es gelingt, den Tatsachenstoff des Prozesses voll zu erfassen, den Sachverhalt möglichst lückenlos aufzubauen. Der Zivilprozeß muß in höherem Maße Tatsachenfeststellungsverfahren (um der Rechtsfindung willen), denn Rechtsermittlungsverfahren sein. Daß diese Funktionslinie von der ZPO. von 1879 nicht ganz eingehalten worden ist und sich in der Praxis noch darüber hinaus das Schwergewicht von der Tatsachenseite auf die juristische Seite verlegt hat, ist daher mit Recht wiederholt als Fehlakzentuierung des Verfahrens gerügt worden[96]). Und in der Vernachlässigung der

[96]) Guttmann, ZZP. 55, S. 38 ff., Pollak, Judicium II, S. 41 ff. W. Fischer, Judicium III, S. 126 ff.

Unmittelbarkeit, unter der die deutsche Gerichtspraxis seit langem leidet, wie in der Zurückdrängung der Mündlichkeit des Verfahrens, welche die Notgesetzgebung stückweise vollzogen hat, liegen zweifellos greifbare Symtome dieser Situation. Die Betonung der Aufgabe der Sachverhaltserforschung bei der Prozeßerledigung ist allerdings nicht lediglich eine Angelegenheit der Prozeßgesetzgebung, die auf dem Gebiet der näheren und genaueren Funktionsfestlegung der Verfahrenseinrichtungen bekanntlich ihre Grenze hat[95]). Was die gesetzgeberischen Möglichkeiten der Lösung der zivilprozessualen Tatsachenfrage betrifft, so haben E. und Novelle 1933 es aber jedenfalls an Bemühungen nicht fehlen lassen, dem Zivilurteil eine möglichst vollständige Tatsachengrundlage zu verschaffen, damit das Tatsachenbild in ihm eine möglichst unverzeichnete Wiedergabe finde und der Richterspruch eine unmittelbare und klare Spiegelung der ihm zugrunde liegenden Lebensvorgänge darstellend, seine Überzeugungskraft nicht aus der Scholastik der Rechtsbegriffe, sondern unmittelbar aus dem Ernst nicht anzuzweifelnder Faktizität schöpfe. Dieses Ziel wurde vom E. durch Erweiterung der Erklärungslast der Parteien und andererseits durch Beweisreform zu erreichen gesucht. Und die Novelle 1933 positiviert dasselbe in engem Anschluß an die vom E. geleistete Vorarbeit.

Ein Prozeß, der auf eine möglichst vollständige Urteilsgrundlage nicht verzichten zu können glaubt und die Gerichte doch mit der mühsamen und zeitraubenden Tätigkeit, von Amts wegen den Sachverhalt in allen Einzelheiten zu erforschen, nicht belasten will, ist darauf angewiesen, die Parteien bezüglich des Prozeßstoffs aus ihrer Zurückhaltung herauszuholen und ihr Wissen um den Sachverhalt weitestgehend dem Verfahren dienstbar zu machen. Der Weg zur Aufstellung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien ist damit vorgezeichnet. Demgemäß bestimmt auch der E. in § 228 III und die Novelle 1933, § 138, I, ZPO.: Jede Partei hat ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

Ob die Wahrheitspflicht der Parteien dem Wesen des Zivilprozesses entspricht und geeignet ist, Gegenstand einer Rechtspflicht zu sein — im bisherigen Recht bestand eine solche nicht[96]) — ist eine vielbesprochene Frage der Prozeßpolitik, die im Hinblick auf den E. auch in jüngster Zeit mit lebhaftem Interesse wieder aufgenommen worden ist und in

---

[95]) In den angelsächsischen Ländern besteht im allgemeinen größeres Interesse an der Behandlung und Aufhellung des Sachverhalts, als bei uns. Hierfür sehr kennzeichnend ist, daß wir mit der Unstreitigkeitsfiktion § 138, II ZPO. arbeiten, wogegen in England umgekehrt als bestritten gilt, was nicht zugestanden ist. Vgl. Gerland, Engl. Rechtsprobl. S. 16.

[96]) Wach, Grundfragen, S. 31. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 125 ff. Grünhut, Rhein. Z. 13, 131 ff.

sehr bezeichnender Weise die Geister scheidet. Hier kann nicht näher auf sie eingegangen werden, sondern ist nur festzustellen, daß die Wahrheitspflicht aller Voraussicht nach, wie sie von der Novelle 1933 statuiert ist, Bestandteil auch des kommenden Gesetzes werden wird und dies zu begrüßen ist. Die Einwendungen, die gegen ihre Aufstellung vorgebracht werden, beruhen, soforn sie sich nicht auf die Unbestimmtheit der Grenzen der Wahrheitspflicht berufen[99]) — und die Frage des Umfangs der Wahrheitspflicht ist allerdings noch längst nicht geklärt — auf einer Grundanschauung, die des Glaubens an Kraft und Sinn eines nicht vollständig sanktionierten Rechtssatzes entbehrt und die Wahrheitspflicht deshalb nicht zur Rechtspflicht erheben will, weil sie in ihrer Allgemeinheit zunächst ohne Sanktionen bleiben muß[100]). Unter dem Motto „das Moralische versteht sich von selbst", lehnt diese Lehre es ab, den notwendigen Zusammenhang zwischen rechtlichem und moralischem Handeln im Prozeß anzuerkennen, und indem sie die Parteien nicht rechtlich zur Wahrheit verpflichtet, leistet sie dem Rechtsschutzgedanken des Prozesses, gewiß keinen Dienst, sondern umgekehrt dem vielfachen Versagen der Rechtsordnung im Bereich des Prozessualen Vorschub. Es kann dahingestellt bleiben, ob es richtig ist, auf Gebieten, in denen das Recht durch Kräfteverschiebungen des Soziallebens unmittelbar betroffen wird, also etwa im Verfassungsrecht eines parlamentarischen Staates, die Grenzen des Rechts mit den Grenzen seiner regelmäßigen äußeren Wirksamkeit zu identifizieren[101]). Auf jeden Fall aber geht es im Ordnungswesen des Prozesses nicht an, das Rechtselement zurückzudrängen, soweit die Sanktion der Normen keine vollständige sein kann und damit ordnungswichtige Anforderungen, die schon allein durch ihre Proklamation als Recht an sozialethischer Bedeutung und innerer Legitimation gewinnen, ohne Rechtsgeltung zu lassen. Die Wahrheitspflicht aber kann die Prozeßsitte unzweifelhaft kräftiger fördern und der Bewährung der materiellen Rechtsordnung wirksamer dienen, wenn sie zum Rechtssatz erhoben ist. Als unfruchtbarer Positivismus erweist es sich somit, wenn die Anerkennung der Wahrheitspflicht als Rechtsgebot abgelehnt wurde mit dem Bemerken, „wir wollen unsere reformierte ZPO. nicht mit doktrinären Thesen belasten, hinter denen eine wirklichkeitsgestaltende Kraft nicht steht[102]).

---

[99]) Vgl. dazu Karl Friedrichs, Jur. Rundschau. 1932, 19.

[100]) Mit einer Prozeßstrafe ist die Verletzung des Wahrheitsgebots nur in den §§ 133 und 807, IV E., bedroht.

[101]) Diese rechtsrealistische Grundeinstellung liegt Walter Jellineks „Grenzen der Verfassungsgesetzgebung" 1931, zugrunde.

[102]) Husserl, Judicium II, S. 364. Auch J. Goldschmidt steht der Positivierung der Wahrheitspflicht ablehnend gegenüber. Dagegen sieht Degenkolb „Einlassungszwang und Urteilsnorm" 1877 S. 43, im Gebot subjektiver Wahrhaftigkeit der Parteien zutreffend „die wahrhaft ethische

Bei Positivierung der Wahrheitspflicht ist es den Parteien untersagt, mit Streitstoff nach Belieben zu schalten, insbesondere aus „Prozeßtaktik" eine wahre Behauptung zu bestreiten, um die Beweisschwierigkeiten des Gegners auszunutzen. Die Spekulation auf die Beweisfälligkeit des Gegners ist zwar vielfach deshalb für vereinbar mit den guten Sitten der Prozeßführung gehalten worden, weil den Parteien nicht zugemutet werden könne, das eigene gute Recht u. U. an seiner Unbeweisbarkeit scheitern zu lassen. Sei doch die materielle Richtigkeit des Urteils das Prozeßziel, welches die Parteien nötigenfalls auch durch das Mittel unwahrer Tatsachenaussagen müßten erreichen können. Dieser Standpunkt [103]) übersieht indes, wie gefährlich es ist, den Parteien solche Freiheit im Tatsachenbetrieb des Prozesses zuzugestehen. Wenn der Beklagte, der seine begründete Einrede nicht beweisen kann, die Klage über den Weg der Bestreitung und die unzweifelhaft zu erwartende Beweisfälligkeit des Klägers zur Abweisung bringt, so wird zwar ein im Ergebnis falsches Urteil vermieden. Handelt der Beklagte aber ebenso, weil er irrtümlich an die Begründetheit seiner unbeweisbaren Einrede glaubt, so wird es nicht anders, als wenn er sich dieser Prozeßtaktik zum absichtlichen Rechtsmißbrauch bedient — tatsächliche Beweisfälligkeit des Klägers vorausgesetzt — zu einem materiell falschen Urteil kommen. Die Richtigkeit des Urteils, die allerdings über die der einzelnen Tatsache zu stellen ist, erscheint also schlecht gewährleistet, wenn den Parteien ein Abgehen von der Wahrheit gestattet wird. Gerade weil es auf die objektive Richtigkeit des Urteils ankommt, kann den Parteien nicht erlaubt sein, die Tatsachengrundlage des Verfahrens beliebig zum Beweisstoff zu machen und sich so über den Weg zu erwartender Beweisfälligkeit des Gegners eigenmächtig das gewünschte Urteil zu beschaffen.

Eine Prozeßgesetzgebung, die durch Aufstellung der Wahrheitspflicht von den Parteien in der tatsächlichen Prozeßgestaltung strenge Selbstzucht verlangt, die es insbesondere den Parteien verwehrt, durch Spekulation auf die Beweisfälligkeit des Gegners eigene Beweisschwierigkeiten zu überwinden, hat zugleich aber die Aufgabe, sich des Beweisproblems aufs sorgsamste anzunehmen und durch Niederlegung der Schranken, die einer freien, kritischen Beweiswürdigung gezogen sind,

---

Substanz des Prozeßrechts". Im übrigen sind vor allem Binding, Hellwig, Franz Klein und Kohler für die Anerkennung einer prozessualen Wahrheitspflicht eingetreten. Lit. Ang. b. Grünhut, Rhein. Z. 13, S. 130. Anm. 23 und 26. — Für Aufstellung der Wahrheitspflicht neuerdings auch Pollak, Judicium II, S. 47, III S. 306, der darauf hinweist, daß das Lügenverbot in Österreich ZPO. § 178, seine Wirkung, die Prozeßsitten zu bessern, getan habe; sowie Rosenberg ZZP. 57, S. 255.

[103]) Neuestens wieder vertreten durch Heilbrunn, Judicium IV, S. 37.

sowie durch Gewährleistung der unentbehrlichen formellen Voraussetzungen für eine wirklich freie Beweiswürdigung — ein Mißlingen der Beweise soweit als möglich auszuschließen. Je mehr die Beweisnot an Bedeutung verliert, desto bereitwilliger werden ehrliche Parteien ihrer Wahrheitspflicht genügen. Braucht der Beklagte nicht zu fürchten, mit einer begründeten Einrede an der Beweislast zu scheitern, so wird er nicht zu einer wahrheitswidrigen Bestreitung der Klagbehauptungen versucht sein. Im Maße der Verfeinerung des Beweismittelsystems erscheint es ausgeschlossen, ein materiell richtiges Urteil u. U. nur im Wege unwahrer tatsächlicher Angaben erstreiten zu können. Die Beweisreform steht also in engstem Zusammenhang mit der Aufstellung der Wahrheitspflicht. Die Steigerung der kognitiven richterlichen Leistung, der Qualität des Prozesses als Erkenntnisverfahren ermöglicht oder erleichtert es, die Parteien im Kampf um ihr Recht dem Gebot der Wahrheit zu verpflichten. Zugleich aber bedeutet die vollständigere Heranziehung der Erkenntnisquellen für den Sachverhalt im Beweisverfahren eine nicht zu unterschätzende S a n k t i o n der Wahrheitspflicht. Wird nämlich das Wissen der Parteien um den Sachverhalt nicht nur formalisiert, im gestabten Eid dem Beweis nutzbar gemacht, so erfahren dadurch die zum Prozeßstoff gemachten Angaben der Parteien eine sehr wirksame Kontrolle auf ihre Wahrheit hin. Wahrheitswidrige Erklärungen können dann eher im Weg des Beweises unschädlich gemacht werden. Der Beklagte, der die Klagebehauptungen bewußt wahrheitswidrig bestritten hat, wird sich zur eidlichen Vernehmung herangezogen als Beweisperson doch schließlich zur Wahrheit bequemen.

Durch die Beweisreform, insbesondere die Einführung der eidlichen Parteivernehmung, erfährt also der Prozeß eine Gestaltung, bei der die schon aus allgemeinen Gründen gebotene Positivierung der Wahrheitspflicht auch im Hinblick auf die wohlberechtigten Interessen der Parteien ermöglicht und andererseits diesen gegenüber sanktioniert wird.

Um nunmehr auf das Gebiet der Beweisreform als solches überzugehen, so entscheidet sich der E. in der viel erörterten Frage der Einschränkung des Zeugenbeweises zugunsten des Urkundenbeweises für den Inhalt von Rechtsgeschäften in Übereinstimmung mit den meisten Kritikern dieses Projektes[104]) für die Beibehaltung des Zeugenbeweises im bisherigen Umfang. Ganz spurlos ist die Debatte über die teilweise Beweismitteländerung an ihm allerdings nicht vorbeigegangen, denn nach § 95 E. soll das Gericht der obsiegenden Partei, die das den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Rechtsgeschäft schuld-

[104]) R ü h l - F r a g i s t a s , „Rechtspolitische und rechtsvergleichende Beiträge zum zivilprozessualen Beweisrecht" 1929, S. 21 ff.; R ü h l , ZZP. 56, S. 1 ff., P o l l a k , Judicium II, 53; W. F i s c h e r , Judicium II, S. 148.

hafterweise nicht, unvollständig oder unklar beurkundet hat, einen Teil der Kosten auferlegen können; eine Bestimmung, der erhebliche praktische Bedeutung aber kaum zukommen wird, da das Gericht der unterlegenen Partei, die mit dem Fehlen oder der Unvollständigkeit einer Urkunde rechnend, unbegründeterweise einen Anspruch geltend gemacht oder bestritten hat, nicht leicht die Prämie einer teilweisen Kostenbefreiung zubilligen wird[105]). Eine tiefgreifende, grundlegende Neuerung des E.s und der Novelle 1933 im Beweisrecht bringt dagegen die Einführung der Parteivernehmung, die an Stelle des gestabten Parteieids getreten ist, E. § 334 ff. nov. ZPO. §§ 445 ff. Die Bedeutung der Parteivernehmung liegt darin, daß sie dem Gericht das u. U. unter Eid kund zu gebende Wissen der Parteien über den Sachverhalt als subsidiär zu benutzende Erkenntnisquelle über die dem Prozeß zugrunde liegenden Vorgänge nicht nur in einzelnen Punkten, wie der gestabte Parteieid, sondern im Zusammenhang erschließt, und andererseits das Gericht das Ergebnis dieses Beweises durch gesetzliche Beweisregeln nicht behindert, mit den kritischen Methoden der Wahrheitsforschung frei würdigen und feststellen läßt. Das Gericht lernt den Prozeßstoff im ganzen Zusammenhang durch die Streitsteile persönlich, also gewissermaßen von innen her kennen, gewinnt bei der Vernehmung in weit höherem Maße als beim Sachvortrag Einblick in die Vorstellungen der Parteien über den Sachverhalt, in die subjektive Struktur des Streits, und das wird für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse vielfach von ausschlaggebender Bedeutung sein[106]).

---

[105]) Goldschmidt, J.W. 1931, S. 2444 ff.

[106]) Die Vorzüge der Parteivernehmung gegenüber dem gestabten Parteieid mit seiner formalen Feststellungskraft hat in überzeugender Weise Franz Klein in seinem „Zivilprozeß Österreichs" 1927, S. 364 ff. dargelegt. Für die Ersetzung des Stabeids durch die Parteivernehmung im deutschen Recht Gerland, Englische Rechtsprobleme, S. 29 ff. sowie Judicium III, S. 312 ff.; Hendel-Rinteln Judicium, auch Engel, Judicium III, S. 87 (in engem Anschluß an Klein) sowie Pollak Judicium II., S. 56 — Gegen die Parteivernehmung als Beweismittel u. a. Husserl, Judicium II, S. 364, „Es ist bedenklich, den tiefgreifenden rechtslogischen Unterschied zwischen Parteibehauptung und Zeugenaussage durch Einführung der Parteibefragung zu verwischen"; Walt. Fischer Judicium III, S. 147, mit der Begründung, der Stabeid werde viel ernster genommen als andere eidliche Aussagen und müsse daher unter Zulassung freier Beweiswürdigung beibehalten werden. — Mendelsohn-Bartholdy, Judicium III, S. 73, fordert bei Einführung der Parteivernehmung Umgestaltung der Revision zur Tatsacheninstanz, aber wohl zu Unrecht, da bei „freier Würdigung" des Parteibeweises so befriedigende Tatbestandsfeststellungen zu erwarten sind, daß die 3. Instanz nunmehr gerechtfertigter als zuvor, lediglich Rechtsinstanz sein kann. — Von den ausländischen Rechten sind zur Parteivernehmung übergegangen das österreichische ö. ZPO. § 371—383), die Züricher ZPO. von 1913, die ungarische ZPO. von 1911, das dänische Rechtspflegegesetz von 1916 sowie das englische und nordamerikanische Recht. Dagegen hält Italien auch in seinem E. einer ZPO. von 1926 am gestabten

Daß die Parteivernehmung mit der Aufstellung der Wahrheitspflicht der Parteien in ordnungstechnischem Zusammenhang steht, wurde schon bemerkt. Darüber hinaus aber ist sie mit jener als Institut des autoritären Prozeßrechts auch innerlich verwandt. Die Wahrheitspflicht beschränkt den Einfluß des Parteiermessens auf die prozessuale Tatsachenbehandlung, um die in der unbegrenzten Parteidisposition über die Beweislage gelegene Gefahr der Durchsetzung eines unbegründeten Rechtsstandpunkts im gerichtlichen Urteil auszuschließen. Wie hier die Gerichtsgewalt bezüglich der zum Urteil führenden rechtlichen Deduktion gesichert wird, damit das Gerichtsurteil nicht unbemerkt zur Partei-Entscheidung werde, wie hier bezüglich der rechtlichen Behandlung des Prozesses, wird durch die ungestabte Parteivernehmung auf tatsächlichem Gebiet mit einem Stück parteilicher Prozeßgestaltung gebrochen. Die Parteivernehmung beseitigt die prozessuale Maßgeblichkeit von vielleicht gutgläubig entstandenen, nach Sachlage aber unzutreffenden Urteilen der Parteien über Wahrheit oder Unwahrheit von beweiserheblichen Tatsachen, indem sie gerichtliche Nachprüfung der Gründe der parteilichen Tatsachenurteile zuläßt. Der Übergang zur Parteivernehmung bedeutet somit, daß die in der Positivierung der Wahrheitspflicht gelegene Sicherstellung der Gerichtsgewalt gegen Böswilligkeit und Irrtum der Parteien zur Gewährleistung einer objektiv zutreffenden rechtlichen Erledigung des Verfahrens auf das Gebiet der Tatsachenbehandlung erstreckt wird.

Gegen die Heranziehung der Parteien zur beweisschaffenden Vernehmung erhebt sich das Bedenken, daß eine psychologisch nicht leicht vollziehbare Umstellung vom Prozeßsubjekt zur Auskunftsperson, die unbeteiligt wie ein am Streitausgang uninteressierter Dritter über Wahrnehmungserlebnisse aussagen soll, verlangt wird, daß die Rolle, die der Partei als Beweismittel beim gestabten Parteieid zugewiesen ist: die eidliche Bekräftigung bestimmter Behauptungen, ihrer parteimäßigen Einstellung eher entspricht. Diese Erwägungen haben die vom E. und der Novelle 1933 gegebene Regelung auch veranlaßt, die Parteivernehmung scharf zu sondern von der Zeugenvernehmung, sodaß Gerland im gewissen Sinn mit Recht feststellen konnte, die Parteivernehmung sei nach dem E. für die zu vernehmende Partei geradezu zum prozessualen Dispositionsakt gemacht worden[107]). Die zu vernehmende Partei braucht weder zu erscheinen noch auszusagen, auch kann

---

Eid in Gestalt des Schieds- und Noteids fest und will die freie Beweiswürdigung nicht ausnahmslos zur Geltung bringen, da die gesetzlichen Beweisregeln, welche Zweifel am voraussichtlichen Beweisergebnis und Verfahrensausgang beseitigen, die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten fördern. Dazu Carnelutti, Z. ausl. PR. 1929, 25 ff.

[107]) Gerland, Judicium III, S. 310 ff.

eine nicht prozeßfähige Partei wenigstens grundsätzlich nicht vernommen werden. Vor allem aber zeige die Verbindung der Parteiaussage mit der Beweislast, die vom Fall des § 433 E., § 448 nov. ZPO. abgesehen, grundsätzlich in Abweichung vom österreichischen Recht aufrechterhalten wurde und in der Regel zur Vernehmung nur einer von beiden Parteien, und zwar des Gegners des Beweislastträgers führt, daß die Gesetzgebung an der Vorstellung, daß der Parteibeweis der ursprünglichen Eigenschaft der Partei als Streitsubjekt weitgehend anzupassen sei, und die im gestabten Parteieid ihren prägnantesten Ausdruck findet, noch immer festhält. Eine unterschiedliche Behandlung erfährt die Partei gegenüber dem Zeugen auch insofern, als selbst dann, wenn gegen die Regel beide Parteien vernommen worden sind, in Übereinstimmung mit dem österreichischen Recht nach § 441 I E., § 452 nov. ZPO. doch nur eine Partei beeidigt werden kann[108]). Gerland beanstandet diese Regelung, die regelmäßig nicht das Wissen beider Parteien dem Beweis zugute kommen läßt und auch sonst im Formalen stecken geblieben sei, und empfiehlt nach dem Vorbild des englischen Rechts die Parteivernehmung zur Zeugenvernehmung auszubauen. Auch Pollak hat es getadelt, daß die Parteivernehmung grundsätzlich in Zusammenhang mit der Beweislast gebracht worden ist, da es im Verfahren des Vollständigkeitsgebotes bezüglich der Sachdarstellung, das konsequenterweise auf die Beweisangebote erstreckt werden müsse, eine subjektive Beweislast nicht gebe. Die Verbindung des Beweislastprinzips mit der Parteiaussage lasse sich rechtspolitisch nur beim Parteieid, nicht aber bei der Parteivernehmung rechtfertigen.

Auf den Zusammenhang der Parteivernehmung mit der Beweislastfrage ist hier kurz einzugehen, wobei folgendes festzustellen ist: In einem über die Parteivernehmung verfügenden Beweisrecht wird die objektive Beweislast bei der Bedeutung der Parteivernehmung als praktisch wichtige Ergänzung des Beweismittelsystems im allgemeinen an Tragweite verlieren. Die Fälle der Beweislosigkeit werden seltener werden. Trotzdem aber dürfte der Gesichtspunkt der subjektiven Beweislast und zwar auch angesichts des Vollständigkeitsgebots bezüglich der Tatsachenangaben nach wie vor von Bedeutung sein, da er die Grenzen, innerhalb deren das Vollständigkeitsgebot für jede Partei gilt, bestimmt. Aus der Behauptungs- und Beweislastverteilung ergibt sich, daß der Kläger lediglich die klagbegründenden Tatsachen wahrheitsgetreu und vollständig anzugeben hat, und für den Beklagten gilt entsprechen-

---

[108]) Das neue Recht verhält sich in der Beeidigung allerdings grundsätzlich zurückhaltend. So bricht § 388 E., § 391 nov. ZPO. mit dem Prinzip der Zeugenbeeidigung und stellt diese ins Ermessen des Gerichts, wenn nicht die Parteien auf die Beeidigung verzichten.

des bezüglich der Einredetatsachen[109]). Demgemäß erscheint es durchaus gerechtfertigt, daß für die Beweisantretung durch Parteivernehmung von der subjektiven Beweislast ausgegangen wird, die Parteivernehmung als Beweismittel nur der Partei zu Gebote steht, die nach den Regeln der Feststellungslast die Folgen der Beweislosigkeit einer tatsächlichen Behauptung zu tragen hat. Und diese Beschränkung der Parteivernehmung empfiehlt sich auch durchaus. Denn ein so qualifiziertes Wahrheitserforschungsmittel, daß er grundsätzlich auch zur Widerlegung des Hauptbeweises zugelassen werden könnte, ist der Parteibeweis auch in der Form der Parteivernehmung doch keineswegs. Nach einem ohne Parteiaussage, also mit grundsätzlich besseren Mitteln geführten Hauptbeweis zum Zwecke des Gegenbeweises auf die Parteiaussage zurückzugreifen, kann nicht gestattet werden.

Halten wir die Verknüpfung der Parteivernehmung mit der Beweislast also durchaus gerechtfertigt, so scheint es uns jedoch unrichtig zu sein, in der Tatsache, daß regelmäßig nur eine der beiden Parteien vernommen werden soll, eine Konsequenz des aufrechterhaltenen Zusammenhangs von Parteivernehmung und Beweislastverteilung zu sehen[110]). Die Frage, ob ein Gesetz regelmäßig eine oder beide Parteien vernehmen läßt, entscheidet sich ausschließlich nach der Auffassung der qualitativen Situation der Parteivernehmung als Beweismittel. Wenn die Gesetzgebung die Parteivernehmung regelmäßig auf den Gegner des Beweislastträgers beschränkt, und diese als Einparteivernehmung insofern dem gestabten Parteieid nachbildet, so ist das nicht eine Folge des Ausgehens von der subjektiven Beweislast, sondern eine zunächst durchaus auf anderem Gebiet liegende gesetzgeberische Entscheidung. Würde es die Wahrung des Zusammenhangs von Parteivernehmung und Beweislastregelung, die sich im Ausschluß der Parteivernehmung für die Führung des Gegenbeweises auswirkt — doch sicherlich in keiner Weise berührt haben, wenn im Hauptbeweis die Vernehmung beider Parteien zugelassen worden wäre. Die Einparteivernehmung ist eine Angelegenheit der Behandlung des Hauptbeweises und nicht des Ausschlusses der Parteivernehmung im Gegenbeweis, also nicht eine Folge der Beweislastberücksichtigung. Die Aufrechterhaltung des Zusammenhangs zwischen Parteivernehmung und Beweislastverteilung scheint im Prinzip die Zweiparteivernehmung also keineswegs auszuschließen. Und diese wird man de lege ferenda denn auch zu fordern haben!

Wie Carnelutti es einmal ausgedrückt hat, ist „die wichtigste Seite des Parteiwesens im Prozeß das Kontradiktorium", und das sollte auch bei der Gestaltung der Parteiverneh-

---

[109]) Ebenso Rosenberg, ZZP. 57, S. 257.
[110]) Das ist die Ansicht Gerlands und Pollaks. A.a.O.

mung beachtet werden. Wenn irgendwann, so müssen die Parteien, wenn sie in der ihnen ursprünglich nicht adäquaten Rolle der Auskunftsperson tätig werden, unter dem Grundsatz des „audiatur et altera pars" stehen[111]); scheint doch gerade in dieser Funktion die eine Partei noch dringender als sonst der Korrektur durch die andere zu bedürfen. Der Standpunkt unserer Gesetzgebung, wonach im Gegensatz zum österreichischen Recht regelmäßig immer nur eine Partei vernommen werden soll, erscheint also als unbefriedigend und dies umso mehr, als in § 441 E., § 452 I 1 nov. ZPO., die Norm der Subsidiarbeeidigung aus dem österreichischen Recht übernommen ist, die zwar für das System der Zweiparteienvernehmung paßt, bei der Einparteivernehmung aber wohl nicht ausreichend ist. Es ist Gerland also zuzugeben, daß eine Ordnung, wonach grundsätzlich beide Parteien zu vernehmen sind, vor der Einparteivernehmung den Vorzug verdient. Dagegen kann ihm nicht ohne weiteres auch darin gefolgt werden, daß die Parteien in Fortbildung des österreichischen Rechts nach englischem Muster dann zweckmäßigerweise auch beide zu beeidigen sind. Eine zu weitgehende Angleichung der Parteieinvernahme an die Zeugenvernehmung ist im Hinblick auf die durch nichts zu beseitigende besondere Natur der Parteivernehmung zu vermeiden. Werden widersprechende Parteiaussagen beeidigt, so liegt der Vorwurf der Eidesverletzung wesentlich näher als bei unvereinbaren Zeugenaussagen, und das würde zusammen mit der großen Zahl der Eidesleistungen — vielfach unbegründeterweise, weil die verschiedenen Sachdarstellungen subjektiv durchaus möglich sind — den Wert der Eideshandlungen in der öffentlichen Meinung auf's empfindlichste schwächen. Zudem erleichtert die Eideshäufung die Tatsachenermittlung keineswegs. Daher kann Gerland auch nicht zugegeben werden, daß in der Beschränkung der Beeidigung auf eine der beiden vernommenen Parteien ein Überrest von der früheren formalen Feststellungsnatur des Parteibeweises liege, weil die freie Beweiswürdigung besser gewährleistet sei, wenn beide Parteien ihre Aussagen beschwören. Werden beide Parteien beeidigt, so wird das Gericht in der Annahme, daß keine von den Parteien eine Eidesverletzung begangen hat, vielfach geneigt sein, einen etwaigen Widerspruch in den Sachdarstellungen dadurch zu lösen, daß es jeder Partei in einem Teil der Aussage folgt und eine Kombination der widersprechenden Darstellungen versucht. Wenn man bei der Parteieinvernahme überhaupt noch von einer gewissen bindenden, ohne weiteres

---

111) Aus diesem Grund gibt auch der Entwurf einer schwedischen ZPO. von 1926, der Parteivernehmung bei gerichtlicher Anordnung allerdings nicht als Subsidiärbeweis, sondern nur als Ergänzungsbeweis zuläßt, dem Gegner der vernommenen Partei das Recht, die eigene Vernehmung zu verlangen. Vgl. Engströmer, Z. ausl. PR. 29, 36.

festzustellenden Kraft sprechen will, so ist diese also zweifellos am stärksten wirksam, wenn beide vernommenen Parteien beeidigt werden, während die freieste Beweiswürdigung sicherlich erfolgt, wenn beiderseits nicht geschworen worden ist. Auf diese letztere Praxis zielt denn auch § 452 I 2 nov. ZPO. die Vorschrift der subsidiären Beeidigung nur einer von den vernommenen beiden Parteien in dem nach der Nov. 33 ausnahmsweise eintretende Fall einer Zweiparteienvernehmung §§ 447, 448 nov. ZPO. — — die mit voller Absicht den Richter in die schwierige Lage versetzt, oft nicht zu wissen, welche der beiden vernommenen Parteien er nun beeidigen soll, und so dahin bringt, beide Parteien unbeeidigt zu lassen und ohne Voreingenommenheit die Aussagen frei zu würdigen, während auf die Parteien die Möglichkeit der Beeidigung einer von den beiden Aussagen bei der Vernehmung doch eine heilsame Wirkung geübt hat. § 452 I 2 nov. ZPO. empfiehlt sich also auch für die hier vorgeschlagene, zum Grundsatz der Zweiparteienvernehmung übergehende künftige Regelung, weil er zu dem erstrebenswerten Verzicht auf jede Beeidigung führt, mithin die freie Beweiswürdigung am besten fördert, ohne doch die Parteien von der Wahrheit zu entbinden.

Aus der im Vorstehenden skizzierten und rechtspolitisch geprüften Behandlung des Sachverhaltsfeststellungsproblems durch den E. und die Novelle 1933 ergeben sich bestimmte Konsequenzen für die Gestaltung des äußeren Verfahrensganges. Soll sich die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht im Prozeß wirklich durchsetzen, so muß die Mündlichkeit des Verfahrens weitgehend gewahrt sein[112]), denn diese bildet den kräftigsten Antrieb für die Parteien, den Streit ehrlich zu führen. Für das Wahrheitsgebot ist an sich natürlich auch im schriftlichen Verfahren Raum, aber die Parteien werden es leichter vernachlässigen, wenn sich das Verfahren im Austausch von Schriftsätzen abwickelt. Das schriftliche Verfahren läßt den Parteien für Überlegungen taktischer Art Zeit, und ist so der beste Nährboden für eine unehrliche Kampfesweise, während die Begegnung der Parteien vor Gericht, insbesondere bei persönlichem Erscheinen, schon an sich zur Wahrheit zwingt. Da die Einhaltung des Wahrheitsgebotes nicht nur im Interesse der Richtigkeit der Entscheidung, sondern auch der Abkürzung des Verfahrensweges gelegen ist, wird man es daher zu bedauern haben, daß die Gesetzgebung sich nicht mit voller Entschiedenheit zur Mündlichkeit des Verfahrens bekennt, sondern die Parteien mit Einverständnis des Gerichts nach Belieben auf ein schriftliches Verfahren kompromittieren läßt, die Wahl der Verfahrensform also großzügig Gericht und Parteien, bezw. Parteivertretern freigibt[113]) und das

[112]) Pollak, Judicium III, S. 308.

[113]) E. Wolff, Judicium III, S. 278.

um so mehr, als das Verfahren vor dem ER., in welches nach dem Willen des Gesetzgebers wenigstens regelmäßig „jede Sache" geleitet werden soll und welches seiner Anlage nach ein auf Mündlichkeit eingestelltes Prozeßinstitut ist[114]), auch überlasteten Gerichten den Weg zu zeigen vermag, ohne umfangreichere Schriftlichkeit des Verfahrens auszukommen. Hat in dem von der Wahrheitspflicht beherrschten Verfahren das Einzelrichterinstitut doch gerade im besonderen Aufgabe und Bestimmung, den mündlichen Verhandlungen im Prozeß genügend Raum zu verschaffen und zu verhüten, daß der Prozeß infolge zu sparsamer Terminwirtschaft zu spät oder nur so selten mündlich verhandelt wird, daß die Parteien Zeit gewinnen, in schriftlicher Verhandlung unwahre Positionen zu beziehen und sich in ihnen festzusetzen. Das Einzelrichterinstitut erscheint einerseits und in gewisser Hinsicht also als eine spezifische Maßnahme für die Behandlung der Sachverhaltsfrage in einem Gesetz, welches von der Wahrheitspflicht ausgeht. Diese erfordert nun aber nicht nur Mündlichkeit, diese unter dem Gesichtspunkt, daß die Wahrheitspflicht nur dann beweisersparend wirkt, wenn der Prozeß in seiner Leistungsfähigkeit als Ermittlungsverfahren voll auf der Höhe ist, die Parteien fürchten müssen, mit unwahren Aufstellungen im Beweisverfahren hängen zu bleiben und andererseits den Mut zur Wahrheit haben, weil sie darauf vertrauen, auch mit einem vielleicht nicht klassischen Beweismaterial bestehen zu können — — sondern auch eine in jeder Weise der Streitaufklärungsaufgabe gewachsene Gestaltung des äußeren Aufbaus der Rechtsstreitverhandlung. E. und Novelle 1933 haben, wie u. a. die Einführung der allerdings noch nicht ganz befriedigend gestalteten Parteivernehmung zeigt, dem Interesse an adäquater Sachverhaltserforschung durch Beweismittelreform Ausdruck gegeben. Hingegen fragt sich, ob das Beweisverfahren auch die äußere Ordnung gefunden hat, die es am ehesten ermöglicht, durch die Beweishandlungen Einsicht in den Sachverhalt zu erlangen, und des weiteren, ob der äußere Aufbau der Streitverhandlung als solcher ein widerspruchsloser ist. Das führt in anderer Hinsicht auf die Frage nach der Bedeutung des Einzelrichterinstituts für den Prozeß als Erkenntnisverfahren, die nunmehr im Hinblick auf die Ein-

[114]) Nach § 228, II E. sowie § 7, Entlastungsbekanntmachung i. f. v. 1924 kann sich allerdings auch das Verfahren vor dem ER. wohl schriftlich abwickeln, nur wird das Gericht (der ER.) bei umfangreicheren vorbereitungsbedürftigen Klagsachen aus Zweckmäßigkeitserwägungen regelmäßig nicht bereit sein, von mündlichen Verhandlungen abzusehen. Der ER. muß bei der Entscheidung über die Verhandlungsform davon ausgehen, daß das Vorbereitungsverfahren in Erwartung mündlicher Streitaufklärung angeordnet wurde, da bei Entscheidung für schriftliche Prozeßinstruktion die Einheit des behandelten Gerichts wahrscheinlich nicht beseitigt worden wäre, da zu schriftlicher Verfahrensvorbereitung das Prozeßgericht selber vermutlich die nötige Zeit aufgebracht haben würde.

wirkung des Verfahrens vor dem ER. auf Organisation und Struktur des Gesamtprozesses interessiert.

§ 7.

2. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

Entscheidet der ER. nicht instanzbeendend, bewendet es der Regel entsprechend bei der bloßen Vorbereitungstätigkeit des ER.s, so hat das Mehrheitsgericht, nachdem zumindest einmal der Rechtsstreit vor ihm verhandelt worden ist, das Urteil zu sprechen. Das Verf. v. ER. durchbricht somit den Unmittelbarkeitsgrundsatz[115]), wonach alle in gerichtlichen Terminen zu entfaltende Parteitätigkeit ausnahmslos vor- und gegenüber, und sämtliche daselbst vorzunehmenden richterlichen Handlungen von demjenigen Gerichtsorgan vorzunehmen sind, welches zur Urteilsfällung berufen ist — und zwar nach beiden Seiten hin, bezüglich der Verhandlung des Rechtsstreits wie auch der Beweisaufnahme. Da die Unmittelbarkeitsmaxime moderner Prozeßpolitik als der wichtigste Garant einer lebensnahen, den Gegenstand voll erfassenden Justiz gilt[116]), ist die Frage aufzuwerfen, welche Tragweite ihrer Vernachlässigung zukommt, wie sich das Einzelrichterverfahren unter diesem Gesichtspunkt auf den Verlauf des Rechtsgangs und den Inhalt der Entscheidungen auswirken wird.

Daß an der Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips auf dem Gebiet der Beweisaufnahme besonders viel gelegen ist, liegt auf der Hand. Und die ZPO. hat deshalb auch die Beweiserhebung durch das erkennende Gericht zum Grundsatz gemacht (§ 355), wenn der Gerichtspraxis gegenüber allerdings auch ohne vollen Erfolg. Die Vorzüge unmittelbarer Beweisaufnahme sind ganz bedeutende. Wach fand zutreffend in ihr „einen der stärksten Hebel der Wahrheit und damit der Gerechtigkeit"[117]). Bei mittelbaren Beweiserhebungen bleibt dem erkennenden Gericht der lebendige ursprüngliche Beweiseindruck, insbesondere der Gesamteindruck, den der Zeuge macht und auf den in der Gerichtspraxis häufig so viel ankommt, vorent-

---

[115]) „Was der Einrichtung des deutschen ER.s als charakter indelebilis anhaftet, ist die Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips". Petschek, Judicium I. S. 207 ff.

[116]) Darüber Hegler, „Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß" Rechtsgang I, 1913. S. 192 ff., 385 ff., II 1916, S. 276 ff.

[117]) Klein-Engel, Der Zivilprozeß Österreichs. S. 208: „Die Unmittelbarkeit des Prozesses ist die Art, wie die Menschen im Leben, in gewöhnlichen Dingen, sich erkundigen, forschen, die Wahrheit suchen, zu einem Urteil gelangen. Sie ist dem modernen Geist das Natürliche. Sie erleichtert die Aufklärung aller erheblichen Streitpunkte, gibt bessere Einblicke in die Sachlage und richtigere Eindrücke von den Personen". Auch nach Munch-Petersen, Der Zivilprozeß Dänemarks, 1932, verdankt der Zivilprozeß der Unmittelbarkeitsmaxime seinen „wirklich modernen, zeitgemäßen Charakter".

halten. Die Niederschrift der Beweisaufnahme vermag dem Urteilsgericht ein unverfälschtes, ungefärbtes Bild nicht zu vermitteln, da sich die Subjektivität des Aufnahmerichters bei der Fertigung des Protokolls niemals ganz ausschalten läßt. Dieser wird unwillkürlich immer schon eine Beurteilung der Aussagen vornehmen und seinen protokollarischen Feststellungen zugrunde legen, sodaß der Urteilsrichter das Beweismaterial schon geformt und bewertet erhält[118]), und dann häufig nicht mehr in der Lage sein wird, zu einer selbständigen unabhängigen Würdigung des Stoffes zu gelangen[119]). Dabei braucht der Aufnahmerichter im Protokoll gar nicht ausdrücklich eine Deutung der Aussage auf Grund seines Gesamteindrucks zu versuchen[120]), um das Urteilsgericht vor die größten Schwierigkeiten bei der Bewertung der Aussage zu stellen. Schon die Feststellung einer nebensächlichen, dem Aufnahmerichter aber kennzeichnend erscheinenden Bemerkung des Zeugen im Protokoll oder die Weglassung einer wesentlichen, dem Beweisrichter indes unerheblich vorkommenden Äußerung verändert oft in entscheidender Weise das Gesamtbild der niederschriftlich festgehaltenen Beweisaufnahme, und führt den Urteilsrichter, der den Zeugen nicht gesehen hat, auf falsche Fährte. Das Entscheidungsgericht ist bei der Einschätzung der Aussage eines nicht unmittelbar vernommenen Zeugen mehr oder minder auf unsicheres Raten oder auf eine formale und mechanische Feststellungsmethode angewiesen[121]), und diese beiden Wege, auf

---

[118]) Ob hiergegen durch stärkere Beteiligung der Anwälte bei der Zeugenvernehmung sowie bei der Fassung des Protokolls geholfen werden kann, wie W. Fischer, Judicium II, S. 148, meint, erscheint fraglich. Dagegen entfällt naturgemäß diese Fehlerquelle für die Bewertung der Beweishandlung durch das Prozeßgericht, wenn der ER. die Zeugenaussage nach § 377 III, IV ZPO., § 376 E., schriftlich einholt, wobei die Bedeutung des Zeugnisses aber unter der Ausschaltung des Fragerechts der Parteien leidet und wohl auch sonst beeinträchtigt ist.

[119]) Besonders bedenklich ist es, wenn der Beweisrichter, ohne sich sorgfältig in die Streitsache eingearbeitet zu haben, die Beweise erhebt (vgl. Rühl, ZZP. 56, S. 20). Um den Aufnahmerichter zur sorgfältigen Befassung mit dem Prozeß zu zwingen, schlägt W. Fischer Judicium III, S. 142, vor, die Abstellung des Beweisbeschlusses auf bestimmte Fragen zu beseitigen.

[120]) Eine gesonderte Stellungnahme des Aufnahmerichters zum Beweisergebnis im Protokoll sowie Mitteilung der näheren Umstände einer Zeugenvernehmung daselbst empfiehlt Rühl, ZZP. 56 S. 20, während Höpner DRZ. 1932, 120, meint, der vernehmende Richter solle seinen persönlichen Eindruck ohne weiteres bei der Fassung des Protokolls verwerten.

[121]) Daher erscheint es auch überaus bedenklich, wenn im dänischen Recht grundsätzlich sogar der landgerichtliche Berufungsprozeß vom Amtsgericht mit Einschluß der Beweisaufnahme vorbereitet wird, ganz abgesehen davon, daß hier der Beweiserhebungsrichter zugleich der iudex a quo ist. Aus dem gleichen Grunde ist auch Blomeyers Vorschlag (Sächs. Rechtspflegearch. 1932. S. 333), zwecks Besserung der I. Instanz dem Berufungsgericht die Befugnis einzuräumen, die Sache zur Beweisaufnahme dem Erstrichter zurückzugeben, abzulehnen. Er könnte auch leicht

welche die mittelbare Beweisaufnahme den Urteilsrichter wohl oder übel drängt, führen an der erschöpfenden Ermittlung des Rechtserheblichen, wie sie dem Gericht obliegt, gar leicht vorbei[122]) [123]).

In richtiger Einschätzung der großen Bedeutung der Unmittelbarkeit erklärt darum der E., den Bestrebungen der neueren Prozeßgesetzgebungen, ein möglichst unmittelbares Verfahren zu gewährleisten[124]), folgend, in der faktischen Wiederherstellung der grundsätzlichen Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine seiner Hauptaufgaben zu erblicken. Die mißbräuchlich weitgehende Verwendung der kommissarischen Beweiserhebung, die Wach schon 1879 in seiner Enquete feststellen konnte und die auch heute noch, nur ergänzt durch die einzelrichterliche Beweisaufnahmepraxis der Übung der Gerichte entspricht, insbesondere der Großstadtgerichte[124]a) — will das grundsätzliche Verbot, am Gerichtsort Beweise durch beauftragten Richter erheben zu lassen (§ 467 E.), eindämmen. Und § 470, II E. versieht die Ermächtigung des ER.s zur Beweiserhebung mit der Direktive, daß der ER. selber Beweise

---

zu einem nicht im Interesse der Verfahrensrationalisierung gelegenen allzu großen Beweisaufwand im I. Verfahren führen. Zudem besteht kein Grund, den Erstrichter durch Abladung der Berufungsbeweise auf ihn, zu „bestrafen", wenn er von einer anderen Rechtsauffassung ausgegangen ist. Darauf weist auch Bürkner, DRZ. 1932, 266 hin.

[122]) Mit einiger Übertreibung konnte daher Siemens, DIZ., 1933 837, feststellen, daß die protokollarische Wiedergabe von Beweisaufnahmen oft mehr schadet als nützt. „Eine positive Unterlage für das, was der Zeuge gesagt hat, ist sie nur selten!"

[123]) Gegen mittelbare Beweiserhebungen spricht auch der Umstand, daß deren Wiederholung vor dem Kollegium ein recht fragwürdiger Behelf der Wahrheitserforschung ist, weil die Erinnerung des Zeugen an die frühere Einvernahme, die an die wahre Begebenheit, leicht trüben oder gar verdrängen kann, worauf Schima, Judicium IV, S. 306 mit Recht hinweist.

[124]) Bekanntlich hat die Österreichische ZPO. von 1895 die Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips sich besonders angelegen sein lassen; desgleichen die Zürcher ZPO. von 1913. Im Dänischen Rechtspflegegesetz von 1916 ist in dieser Hinsicht bemerkenswert die Anordnung unmittelbarer Urteilsfällung in § 371, II, der bestimmt, daß in Landgerichtssachen die Hauptverhandlung in einem neuen Prozeß in der Regel erst begonnen werden darf, wenn die Beratung in der zuletzt zur Entscheidungsreife gediehenen Sache bereits vorgenommen worden ist. Die vom Rechtspflegegesetz etwas vernachlässigte Beweisunmittelbarkeit steigern die Novellen vom 3. 6. 1919 und 14. 7. 27. Vergl. Munch-Petersen. Der Zivilprozeß Dänemarks. 1932. S. 55 ff. Auch der schwedische E. einer Prozeßreform von 1926 sucht Unmittelbarkeit des Verfahrens weitgehend zu erreichen. Vgl. Engströmer, Zeitschrift ausl. i. PR. 29, S. 32 ff. Desgleichen hat sich die neue Polnische ZPO. von 1930 „in weitestgehendem Maße" zum Unmittelbarkeitsprinzip bekannt. Dbalowski, Zeitschr. f. Ostrecht, 1930, 697.

[124]a) Vgl. Epping, DRZ. 1932, 336 Günther, J.W. 1931, 2444, Bornkessel, Sächsisches Rechtspflegearch. 1932, S. 396, der in seinen Ausführungen einzelrichterliche Erhebung der Beweise voraussetzt; Ewald, J.W. 1932, 96.

nur insoweit erheben soll, „als es zur Vereinfachung der Verhandlung vor der Kammer wünschenswert ist und die Beweiserhebungen solche sind, zu deren sachgemäßer Würdigung die Kammer voraussichtlich ohne unmittelbaren Eindruck vom Verlauf der Beweisaufnahme in der Lage sein wird". So vorteilhaft diese Maßnahmen, die der E. zur Belebung der Unmittelbarkeit bringt, auf den ersten Blick auch aussehen mögen, so erweisen sie sich bei näherem Zusehen doch als recht wirkungslos. Die Beschränkung des ER.s in den Beweiserhebungen kann so, wie sie vom E. formuliert ist, kaum etwas ausrichten. Vom ER. antizipierte Beweisaufnahmen sind fast immer „zur Vereinfachung der Verhandlung vor der Kammer wünschenswert", und dieses Interesse verleitet die Gerichte erfahrungsgemäß nur zu leicht ein Bedürfnis nach der das Kollegium nicht unerheblich belastenden Unmittelbarkeit von Beweisaufnahmen in der Regel überhaupt nicht anzuerkennen. Wollte man in die prozessuale Geschäftsverteilung, wie sie sich herausgebildet hat, ernstlich eingreifen und mit dem für die Rechtsfindung so schädlichen System mittelbarer Beweisaufnahmen aufräumen, so ist die Fassung des § 470, II, 2 E. unbrauchbar. Solange der ER. nicht wirksam in der Beweiserhebung beschränkt ist, ist zugleich aber auch die Bestimmung, welche Beweiserhebungen durch einen beauftragten Richter am Ort des Prozeßgerichts grundsätzlich verbietet, im praktischen Effekt bedeutungslos, da bei dieser Gesetzeslage sich die Gerichte der Mühe, selber Beweise zu erheben, ohne Inanspruchnahme des Richterkommissars durch Bestellung eines ER. entledigen können[125]). Daß sie das aber tun werden, solange es irgend mit dem Gesetz vereinbar ist, unterliegt keinem Zweifel, wie die überwiegend ablehnende Kritik, welcher der vorsichtige Vorstoß des E.s zu Gunsten unmittelbarer Beweisaufnahme in Richterkreisen gefunden hat, auch neuerdings wieder zeigt. Die Gerichte haben sich mit Rücksicht auf die Geschäftslast zum großen Teil eben schon zu sehr an die bequeme Übung mittelbarer Beweiserhebungen gewöhnt[126]), als daß sie sich zu einer Änderung dieses Zustands ohne strengen gesetzlichen Zwang bereitfänden[127]). Unter diesen Umständen kann es als sicher gelten, daß für die Unmittelbarkeit so gut wie nichts getan gewesen wäre, wenn man die Fassung des E.s zum Gesetz erhoben hätte. Dem hat denn auch die Novelle 1933 bei der Fassung des § 349 II, ZPO. bereits Rechnung getragen, wo das Beweiserhebungsermessen des ER.s noch weitergehend beschränkt wird durch die Anordnung, daß der ER. nur „einzelne Beweise" erheben soll.

---

[125]) Ebenso Blomeyer, Juri. Blätter, 1932, 125, sowie Pagenstecher, Judicium IV, S. 302.

[126]) Vgl. Günther; Höpner, Ewald a. a. O. Dagegen erklären die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme für unentbehrlich Epping a.a.O. sowie Schimmelbusch, DIZ., 31, 615.

[127]) E. begr. S. 281.

Die Frage, die hier vor allem interessiert, ist nur, ob die grundsätzliche Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in einem Verfahren, welches den ER. in den Prozeß einschaltet, überhaupt durchführbar ist, ob der E. und die Novelle, die vom Einzelrichterverfahren ausgehen, es vielmehr nicht aus wohldurchdachten Gründen unterlassen mußten, für die Belebung unmittelbarer Beweisaufnahmen mit voller Energie einzutreten.

In den Kreisen der Gesetzgeber scheint man allerdings der Ansicht zu sein, daß das Verfahren vor dem ER., welches eine Konzentration des Prozesses auf einen Haupttermin vor dem Kollegium ermöglichen soll, unter den gegebenen Verhältnissen die wirksamste Maßnahme zur Stärkung der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung darstelle, weil das durch die Einzelrichtertätigkeit entlastete Prozeßgericht für unmittelbare Beweiserhebungen Zeit finde. Volkmar weist die Befürchtung, die Unmittelbarkeit sei infolge der Geschäftslast der Gerichte ohne Vermehrung des Richterpersonals nicht zu verwirklichen[128]), daher als unbegründet zurück[129]). Seiner Meinung nach führt Art und Weise, wie sich der E. die Durchführung der Unmittelbarkeit denkt, zu einer Entlastung der Kollegialgerichte, da die unmittelbaren Beweisaufnahmen nicht in besonderen Kollegialterminen, sondern regelmäßig in der einzigen großen Schlußverhandlung erfolgen sollen. Werde aber die Zerstückelung des Kollegialverfahrens in viele Termine vermieden, so gewinne das Kollegium von selbst Zeit, sich der Beweise anzunehmen. Und das sei umso mehr der Fall, als die Veranstaltung einer umfassenden Verhandlung vor dem Prozeßgericht, in der die Beweise in Gegenwart der Parteien vom Urteilsgericht aufgenommen werden, auch ihrerseits eine Beschleunigung des Verfahrens erwarten lasse, weil die Gerichte dann weniger vertagungsbereit seien, und für die Parteien die Möglichkeit entfalle, am Beweisprotokoll herumzudeuteln und mit neuen Beweisangeboten die Abwicklung des Prozesses hintanzuhalten.

Zu dieser Auffassung ist nun folgendes zu bemerken: Soll eine beträchtliche Entlastung des Prozeßgerichts erzielt werden, eine so wirksame, daß regelmäßig mit einem umfassenden Termin vor dem Prozeßgericht auszukommen ist, so kann das in jeder umfangreicheren Klagssache unzweifelhaft doch nur auf Kosten der Beweisunmittelbarkeit geschehen, also dadurch, daß der ER. bereits in ganz beträchtlichem Maße Beweise erhebt[130]), und zwar nicht nur Beweise über „nebensächliche" Punkte, sondern über den eigentlichen Entscheidungs-

---

[128]) Vgl. etwa Preißer, J.W. 1931, 2438; Römer, DRZ. 1932, 80.

[129]) Volkmar, Judicium IV, S. 87 ff. sowie S. 263, wo allerdings um die Zeiteinsparung durch den einen Schlußtermin recht erheblich erscheinen zu lassen, besondere kollegiale Beweistermine in Rechnung gestellt werden, die, wie V. im Lauf seiner weiteren Ausführungen selber zugibt, heute aber kaum mehr stattfinden.

gegenstand. Dann darf der ER. nur ausnahmsweise ihm ganz besonders wichtig scheinende Beweisaufnahmen der Hauptverhandlung vor dem Prozeßgericht vorbehalten.

Es erscheint also nicht zutreffend, weil mit den Intentionen des ER.Instituts unvereinbar, wenn die E.Begründung versichert, der ER. habe „alle wichtigeren Beweise" der Hauptverhandlung vorzubehalten. Diese Rechtfertigung des ER.Instituts ist geeignet, die Tatsache, daß das Vorbereitungsverfahren wesensgemäß die gesetzliche Sanktion für ein beträchtliches Maß von Beweismittelbarkeit bedeutet, zu verschleiern. Sie geht an der Tatsache, daß das ER.-Institut zur Vorbereitung des Prozesses für den kollegialen Eintermin zugeschnitten ist, vorbei. Man wird sich jedenfalls schwerlich einen umfangreicheren Zivilprozeß vorstellen können — und für solche ist ja gerade das Verf. v. d. ER. bestimmt — indem der ER., ohne selber schon wichtige Beweise zu erheben, den Prozeß bis auf eine mündliche Verhandlung vorbereiten könnte[131]). — In dieser Hinsicht ist zu berücksichtigen, daß die Beweiserhebungen im Interesse der Verfahrensrationalisierung ja auch keineswegs immer in einem Zuge stattfinden können, sondern vielfach stufenweise[132]) erfolgen müssen. Der Kläger tritt zunächst die Beweise für seine prinzipale Klagebehauptung an. Erst nach deren Aufnahme, und zwar nach Orientierung über das voraussichtliche Ergebnis dieser Beweiserhebung in der mündlichen Verhandlung, wird der Beklagte u. U. sich entschließen, den vorbehaltenen Gegenbeweis zu führen, und den wiederum wartet der Kläger vielleicht ab, bevor er sein eventuelles Vorbringen zum neuen Beweisthema macht. Die Zweckmäßigkeit der bei größeren Prozessen im Interesse der Verfahrensrationalisierung liegenden Erhebung der Beweise in Abschnitten kann sich aber nur dann voll auswirken, wenn über das Ergebnis der einzelnen Beweisaufnahmen auch verhandelt werden kann; in schwierigeren Fällen bedarf es sogar schriftsätzlicher Vorbereitung hierzu. Diese Möglichkeit würde abgeschnitten, wenn sämtliche Beweishandlungen in einen Termin zusammengedrängt werden. Mag eine solche Verfahrensgestaltung gelegentlich verhindern, daß die Parteien ohne Grund an dem klaren Ergebnis der Be-

---

[130]) Deshalb überträgt auch Heinsheimer, Leipzg. Ztg. 1914, 49 ff. in seinem ER.-Projekt die Beweisaufnahme grundsätzlich dem „Sachrichter". Anders allerdings Wildhagen, 31. Dt. Juristentag, Bd. 3, S. 847, 850.

[131]) „Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Zusammendrängung der Kollegialverhandlung auf einen Termin schließen sich aus". Höpner, DRZ. 1932, 120.

[132]) Über die Bedeutung des Beweisbeschlussus als Maßnahme zur Gliederung des Streitstoffes und der Verfahrensrationalisierung Rosenberg, Lehrbuch, 3. Aufl., § 58, II, 3 und § 117 II 3.

weisaufnahme zum Zwecke der Prozeßverschleppung herumdeuteln, so steht ihrer Durchführung andererseits doch der Umstand entgegen, daß in vielen Fällen die Tragweite einer Beweisaussage sogleich im Beweistermin von Gericht und Parteien noch gar nicht übersehen werden kann, sondern sorgsamer und in neuem Termin stattfindender Verhandlungen bedarf. Das Schlußverhandlungs-, das Einterminsprinzip scheint dem Zivilprozeß mit Rücksicht auf dessen Gegenstand keineswegs ohne weiteres adäquat zu sein. Bei seiner Durchführung entfällt in umfangreicheren und komplizierteren Prozessen die Möglichkeit, im Interesse der Verfahrensrationalisierung die Beweise in Abschnitten zu erheben, mit der durch die neuere Entwicklung im englischen Prozeßrecht bezeugten Folge einer das Verfahren verzögernden und den Parteien ohne Not K o s t e n bereitenden H ä u f u n g von eventuellen Beweismitteln. Auch ist das Gericht dann nicht in der Lage, nach einer, in gewissem zeitlichen Abstand erfolgten Würdigung der Beweisresultate mit den Parteien zur letzten Vergewisserung über das Beweisergebnis sich zu beraten und die Vorteile kontradiktorischer Behandlung, die Beleuchtung durch beide Parteien, auch diesem Prozeßstoff zugute kommen zu lassen. Besonders bedenklich erscheint die übersteigerte Verfahrenskonzentration, die das Einterminprinzip für den größeren Zivilprozeß bedeutet aber auch im Hinblick auf die P a r t e i v e r n e h m u n g. Die Würdigung von Parteiaussagen zu Beweiszwecken ist zweifellos die schwierigste Aufgabe im Gebiet prozessualer Sachverhaltsfeststellung, und das Gericht wird insbesondere bei widersprechenden Parteiaussagen nur in seltenen Fällen sich schon während der Vernehmung eine feste Meinung bilden können, sondern vielfach das Bedürfnis haben, die Parteien nochmals zu konfrontieren und u. U. auch erst jetzt zur Vereidigung einer Partei nach § 452, 2 nov. ZPO. zu schreiten.

Eine nicht bewußt die Schwierigkeiten ihrer Aufgabe übersehende Prozeßpolitik wird also damit rechnen müssen, daß das Einverhandlungsprinzip im Zivilprozeß für die größeren Streitsachen nur eine praktisch kaum durchführbare Direktive bedeuten kann, und daß der ER., der die Aufgabe hat, den Prozeß tunlichst auf e i n e Schlußverhandlung vorzubereiten, daher unmöglich alle oder fast alle Beweisaufnahmen dem Schlußtermin vorbehalten darf.

Sind in einem Prozeß mehrere, zum Beweis der Klagbehauptung benannte Zeugen zu vernehmen, so wird der ER., wenn er gewissenhaft ist, die Zeugen zunächst einmal selber hören. Denn wie er weiß, würde das Prozeßgericht bei der Schwierigkeit der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, die im Zivilprozeß eine weit größere Rolle als im Strafprozeß spielt, garnicht in der Lage sein, im unmittelbaren Anschluß an die Beweisaufnahme zu urteilen, sondern deren Eindruck zu-

nächst verarbeiten wollen, bevor es zur Endverhandlung schreitet. Gegenstand der Hauptverhandlung vor dem Prozeßgericht wäre dann die Verlesung des Protokolls über das ER.Verfahren, die Verhandlung über das Beweisergebnis, allenfalls die nochmalige Anhörung eines wichtigen Zeugen, eventuell auch die Einvernahme eines neuen Zeugen zur Ergänzung des Beweisergebnisses in einem Einzelpunkt und schließlich die Schlußvorträge. Das ist ein Verhandlungsprogramm, welches schon einen recht umfangreichen Termin in Anspruch nimmt. Würde der ER. sämtliche Beweise dem Kollegium vorbehalten, so wäre die gesetzlich vorgesehene Beschränkung der Kollegialtätigkeit auf jeden Fall sicherlich nicht zu erreichen. Sollte sich der ER. aber überlegen, ob er nicht etwa einige von den einzuvernehmenden Zeugen zur Erstvernehmung dem Kollegium gegenüberstellen solle, so wird er bei deren Auswahl vor den größten Schwierigkeiten stehen. Denn „wichtig" sind zunächst ja alle Zeugen. Welches Zeugnis das für die Entscheidung bedeutsamste ist, aber läßt sich nicht von vornherein feststellen. Es geht auch nicht an, daß der ER. etwa die Zeugen, die zum Beweis des einen Klagelementes benannt worden sind, dem Prozeßgericht vorbehält, die Zeugen zum anderen Klagelement dagegen selber vernimmt. Bei einem solchen Versuch, im Unmittelbarkeitsinteresse auch das Prozeßgericht an der Beweisaufnahme zu beteiligen, wäre die Gefahr, daß zum Schaden richtiger Rechtsfindung die einheitliche Würdigung der Beweise verloren geht, ganz abgesehen davon, daß dann auch die Konzentration des Verfahrens auf eine Endverhandlung schon gleich wieder ins durchaus Ungewisse gerät.

Insgesamt ist zu dem Versuch, das Einzelrichterinstitut aus dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweiserhebungen zu legitimieren, also zu bemerken, daß nach der Gesetzeslage keineswegs alle Beweise, die an sich unmittelbarer Aufnahme bedürftig sind, vom Prozeßgericht selber erhoben werden sollen. Beweiserhebungen durch das Prozeßgericht sind in § 470 II 2 E., § 349 II 2 nov. ZPO. nur soweit sichergestellt, als sie voraussichtlich in der Endverhandlung Raum finden können. Die Konzentrationsbestimmung des § 470 II 1 E., § 349 II 1 nov. ZPO. greift beschränkend in die in Satz 2 dieser Regelung aufgestellte Direktive über die Form der Beweiserhebung ein.

So ist das Einzelrichterinstitut denn auch von der Gerichtspraxis überwiegend als Sanktionsnorm für mittelbare Beweiserhebungen angesehen worden, und es findet sich wiederholt ausgesprochen, daß der ER. sich in eben dem Maß bewähre, in dem er sich mit Energie der Beweiserhebungen annimmt[133]).

---

[133]) Vgl. etwa Baumbach, DIZ. 1931, 1226 ff. Rosenberg, ZZP. 57 S. 280, der den E. in § 470 II 2 beim Wort nimmt und Beweisaufnahmen vom ER. angesichts dieser Bestimmung nur in seltenen Ausnahmen er-

Nicht aber ist es bisher gelungen, das Vorbereitungsverfahren der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nutzbar zu machen. Für dieses Ziel hat weder der E., noch die neueste Novelle die nötigen gesetzlichen Sicherungen schaffen können, und es muß bezweifelt werden, ob das überhaupt möglich und mit den Grundlagen des Einzelrichterinstituts zu vereinbaren wäre, so sehr natürlich die vorliegenden Regelungen vom Standpunkt einer Verfahrenspolitik, die das Hauptziel der Reform in der Steigerung der Unmittelbarkeit erblickt und zu dieser Haltung auch verpflichtet ist, nachdem sie zur Parteivernehmung, dem kognitiv schwierigsten Beweismittel übergegangen ist[134]) — als unbefriedigend empfunden werden müssen. Das vom Endverhandlungsprinzip ausgehende und zu dessen Durchsetzung bestimmte Einzelrichterinstitut wird der Beweisunmittelbarkeit immer bedeutend mehr nehmen müssen als geben können. Ja, es besteht sogar keinerlei Gewähr dafür, daß die Verletzung der Beweisunmittelbarkeit, die dem Verf. v. d. ER. institutionell anhaftet, sich nicht zu einer totalen Beseitigung der Beweisunmittelbarkeit auswächst. Der weitgehende Verzicht auf die Beweisunmittelbarkeit, dem das Verfahren v. d. ER. seiner ganzen Verfassung nach gleichkommt, erscheint für die Aufhellung des Sachverhalts aber umso gefährlicher, als E. und Novelle 1933 auf eine wichtige Garantie für das Funktionieren des Zeugenbeweises, die grundsätzliche Beeidigung des Zeugen, verzichten[135]).

§ 8.

3. Unmittelbarkeit der Streitverhandlung.

Während der E. und die neueste Gesetzgebung für die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in Abänderung oder schärferer Hervorkehrung des Standpunkts der Novelle 1924, wenn

---

wartet, schaltet den ER. damit ohne weiteres so sehr als Vorbereitungsorgan aus, daß es nur folgerichtig erscheint, wenn er unter diesen Umständen überhaupt Beseitigung des Einzelrichterinstituts fordert.

[134]) Darüber, daß bei mittelbarer Beweiserhebung der Parteivernehmung der wahre Wert nicht abzugewinnen ist, vgl. auch Rosenberg, ZZP. 57, 333, der feststellt, daß in den §§ 440, 373 E. Parteivernehmung durch ersuchten Richter in zu weitgehendem Maß zugelassen worden sei, die Parteivernehmung durch den ER. allerdings nicht erwähnt. — Daß nach dem Recht des E. und der Novelle 1933 die Parteivernehmung im Vorbereitungsverfahren nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich aus der allgemeinen Stellung des ER.s. Anders die österreichische ZPO. § 375. Vgl. hierzu Bettelheim, ZZP. 56, S. 399 ff. sowie Engel, Judicium III, S. 87. Auch in Dänemark ist die Beweisunmittelbarkeit für die Parteivernehmung in weiterem Umfang als für die Zeugenvernehmung durchgeführt. Munch-Petersen, Zivilprozeß Dänemarks, S. 57, 103.

[135]) Hiergegen mit Recht Pollak, Judicium III, 304, der sich aber zu Unrecht für den Voreid entscheidet, da der Nacheid, der den Zeugen in der Berichtigungsmöglichkeit freier stellt, wohl zutreffendere Aussagen herbeiführt.

auch, wie wir sahen, mit recht zweifelhaftem Erfolg eintreten, geben sie diejenige der Streitverhandlung und Prozeßleitung in gleichem Maß wie die Novelle 24 preis[136]). Der Regelung des Vorbereitungsverfahrens zufolge hat der ER. die Sache soweit zu fördern, daß sie tunlichst durch eine Verhandlung vor der Kammer erledigt werden kann — das Mehrheitsgericht soll mindestens, aber auch tunlichst nur einmal unmittelbar verhandeln, während bis zur Reife des Prozesses für die abschließende Kollegialverhandlung die erforderliche gerichtliche Tätigkeit vom ER. zu entfalten ist. Der Prozeß erfährt demnach also zum regelmäßig weitaus größeren Teil eine mittelbare Verhandlung, und dies ist dem Verf. v. d. ER. in besonderer Weise charakteristisch. Denn es läßt sich zwar die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in gewissem, wenn auch nicht sehr weitem Umfang durchführen, ohne daß dem einzelrichterlichen Verfahren der Boden entzogen wird. nicht aber die Unmittelbarkeit der Streitverhandlung und Prozeßleitung.

Der mittelbaren Streitverhandlung stehen so schwere Bedenken wie der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme nun allerdings nicht entgegen. Zwar werden Anträge, Behauptungen und Beweisangebote der Parteien als Erwirkungshandlungen zwecks Herbeiführung einer bestimmten Prozeßentscheidung vorgebracht[137]), woraus sich ergibt, daß sie inhaltlich an das entscheidende Gerichtsorgan gerichtet sind und das ist, sofern die Parteihandlungen eine bestimmte Endentscheidung erwirken wollen, regelmäßig das Mehrheitsgericht. Das Vorbringen dieser Erklärungen vor dem ER., der berufen ist, in diesem Verfahrensabschnitt an Stelle des Mehrheitsgerichts tätig zu werden, ist aber deshalb regelmäßig unschädlich, weil Anträge und wesentliche Erklärungen in vorbereitenden oder dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schriftsätzen in so eindeutiger Weise festgehalten werden können, daß eine Kenntnisnahme des Kollegiums ohne weiteres möglich ist. Unvorteilhaft ist die Mittelbarkeit der Verhandlung nur bei Parteihandlungen, denen u. U. Beweiswert zukommt, bezüglich der Entgegennahme des Streitstoffs seitens der Parteien persönlich nach § 141 ZPO., § 241 E. Die persönliche Anhörung der Parteien erfolgt zweckmäßiger vor dem Prozeßgericht als vor dem ER., jedoch nicht deshalb, weil die Parteierklärungen im Rahmen des § 85 Satz 2, streitstoffbildend sind — in dieser ihrer Eigenschaft lassen sie sich protokollarisch einwandfrei fixieren — als vielmehr wegen ihres möglichen Instruktionswertes für

---

[136]) Übrigens ohne in der Begründung des E.s dieser wichtigen Tatsache auch nur Erwähnung zu tun. Der „Unmittelbarkeit" überschriebene Abschnitt der E.Begr., S. 281, übergeht das Problem der mittelbaren Prozeßleitung völlig.

[137]) James Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 362 ff.

die richterliche Beweiswürdigung[138]). Von diesen Fällen aber abgesehen dürfte die Anführung des Parteivorbringens vor dem ER. dessen Wert als Prozeßstoff in einem Verfahren, in dem Schlußverhandlung und Entscheidung dem Mehrheitsgericht obliegt, nicht beeinträchtigen und der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlung durch das Prozeßgericht nach freier Überzeugung, die neben der Beweiswürdigung Grundlage eines jeden Urteils ist (§ 286 ZPO., § 269 E.), nicht im Wege stehen.

§ 9.

4. Unmittelbarkeit der Prozeßleitung.

Um so größeren Bedenken unterliegt dagegen die Ausübung der mit der Aufgabe der Entgegennahme der Streitverhandlung notwendig verbundenen richterlichen Tätigkeit, der Prozeßleitungsgewalt durch den ER. Der ER. hat, solange der Rechtsstreit vor ihm schwebt, nicht nur die Streitverhandlung entgegenzunehmen, sondern ist auch zur Gestaltung und Formung der Streitverhandlung der Parteien mit den Mitteln der richterlichen Prozeßleitung berufen. Erst hierdurch erlangt er die Eigenschaft eines auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt beschränkten „Gerichts in der Sache". Die Ermächtigung des ER.s zur Prozeßleitung, solange das Verfahren vor ihm schwebt, ist es nun recht eigentlich und im besonderen, die das Institut des Vorbereitungsrichters prozeßpolitisch in hohem Maße fragwürdig macht.[139]). Jedenfalls ist es eine eigenartige, um nicht zu sagen, unnatürliche Ordnung der gerichtlichen Funktion, wenn im Verfahren, welches einzig auf Herbeiführung des Urteils gerichtet ist, und in dem alle Einzelhandlungen vorgenommen werden, um dieses Ziel zu erreichen, nicht das Urteilsgericht selber von vornherein den

---

[138]) Deshalb hat es sich an manchen Gerichten auch eingebürgert, in Ehescheidungssachen zunächst von der Bestellung eines ER.s abzusehen, und die Parteien unmittelbar einzuvernehmen. Vgl. Schultz, Rhein. Z. 1925, S. 148.

[139]) Wenn Carnelutti, Z. ausl. i. PR. 1929, 182 erklärt, daß im Kollegialprozeß die Betrauung eines einzelnen Richters mit dem Vorbereitungsstadium des Verfahrens unbedenklich sei (im Gegensatz zum Beweisabschnitt des Verfahrens!) — so geht er von der im Italienischen E. v. 1926 vorgesehenen Gestaltung des Vorber.verf.s aus, in welchem die prima udienza di istruzione, die vor dem Präsidenten oder beauftragten Richter stattfindet, die Funktionen eines Klagauslese-, Anmeldungs- und Vergleichstermins hat und außerdem zur Festsetzung der Zahl der auszutauschenden Schriftsätze sowie zur Fristbestimmung für diese, die Beweismittelproduktion und den 2. Termin dient, nicht aber zur streitigen Verhandlung des Rechtsstreits — und derzufolge der Vorb.-Richter im 2. Termin der istruzione praeparatoria eine prozeßleitende Entscheidung (insbes. einen Beweisbeschluß) nur bei Einigkeit der Parteien über die betreffende Maßnahme erlassen kann, während sonst ohne weiteres das voll besetzte Prozeßgericht in Aktion tritt. Vgl. auch Walsmann, Z. f. ausl. i. PR. 1928, S. 338.

Prozeßverlauf bestimmt, also darüber befindet, ob gewisse Partei- oder gerichtliche Handlungen vorzunehmen sind oder nicht, obwohl es doch am besten wissen wird, wie der Prozeß im Sinne der ihm vorschwebenden Entscheidung von vornherein vorteilhaft zu leiten ist. Dessen ungeachtet überträgt das geltende Recht und der E. die Prozeßleitung während des Vorbereitungsverfahrens zunächst auf den ER. Um in der ganzen Tragweite zu ermessen, was diese zeitweise Ausschaltung des Kollegiums praktisch bedeutet, muß man sich die Funktion der richterlichen Prozeßleitung vergegenwärtigen. Aufgabe der richterlichen Prozeßleitung ist, den Prozeß in zweckmäßiger Weise zur richtigen Entscheidung zu führen. Zu diesem Zweck aber muß das Gericht von vornherein sämtliche Urteilsmöglichkeiten, die das Tatsachenbild des Prozesses zuläßt, in Erwägung ziehen. Es ist schon bemerkt worden, daß gerade das Vorb.Verf. aus diesem Grunde hohe Anforderungen an das Gericht stellt, und die Urteilsbildung sich nur äußerlich als Gegenstand einer von der Vorbereitungstätigkeit verschiedenen richterlichen Aufgabe ansprechen läßt. Auf jeden Fall aber kann die für die Urteilsfindung grundlegende Entscheidung, um welche Rechtsverhältnisse es sich in einer Klage handelt, die Auffindung des maßgebenden Rechts regelmäßig nicht erst nach Abschluß des Vorb.verf.s, im Kollegialtermin oder noch später erfolgen, sondern muß schon im Vorb.verf. erreicht sein, sofern man eine wirksame Vorbereitung vom ER. erwartet.

Der ER. soll also den Prozeß für das Kollegium einrichten. In der rechtlichen Instruktion des Prozesses aber liegt die schwierigste Aufgabe der ganzen richterlichen Tätigkeit selbst dann, wenn der Richter seine e i g e n e Entscheidung vorbereitet. Noch auf ungleich schwierigerem Boden aber steht der ER., denn er soll ja das Verfahren nicht im Hinblick auf sein eigenes Urteil richtig instruieren, sondern in den Bahnen des mutmaßlichen Urteils eines anderen Gerichts, des Kollegiums, dem er zwar als Mitglied angehört, dessen Spruch er aber häufig nicht voraussehen kann. Der ER. hat mithin auf dem Gebiet der Prozeßleitung eine kaum zu lösende Aufgabe zu bewältigen. Die Problematik mittelbarer Prozeßleitung ist von den Verfechtern des ER.-Instituts im Schrifttum allerdings nicht immer klar zugegeben, sondern durch Bagatellisierung der Vorbereitungsaufgabe abzuschwächen versucht worden[140]). So wurde erklärt, der ER. solle nicht viel mehr tun, als den Rechtsstreit mit den Parteien durchsprechen. Trotzdem aber erwartet man von ihm, daß er alle Anordnungen trifft, die angebracht erscheinen, um den Rechtsstreit tunlichst in einer mündlichen Verhandlung erledigen zu können. Von einer eigentlichen Verhandlung des Rechtsstreits habe er jedoch abzusehen. Diese sei ganz dem Schlußtermin vor dem Kollegium

[140]) Vgl. die Darlegungen V o l k m a r s in Judicium IV, 263.

vorbehalten, indem der ganze Prozeßstoff, ebenso wie in der strafprozessualen Hauptverhandlung oder derjenigen des englischen Zivilverfahrens konzentriert erledigt werde. Es bleibt nur ein Rätsel, wie der ER. in einem umfangreicheren Prozeß, und nur in einem solchen kann er doch in volle Funktion treten, o h n e Verhandlung des Rechtsstreits die e i n e mündliche Kollegialverhandlung soll vorbereiten können, wenn diese nicht unmögliche Ausmaße annehmen soll, und, wie er insbesondere ohne sorgfältige Verhandlung Beschluß über „einzelne Beweise", deren Erhebung ihm doch unzweifelhaft obliegt (§ 349 II nov. ZPO.), fassen kann. Mit den Erfahrungen aus dem Strafverfahren aber ist im Zivilprozeß wenig anzufangen, weil der Sachverhalt in jenem vielfach nicht so verstreut liegt wie im Zivilprozeß, und auch die Rechtsfragen häufig einfachere sind. Die englische Hauptverhandlung aber wird vom Master-Verfahren sehr eingehend vorbereitet und ist auch nur deshalb durchzuführen, weil das englische Recht von der Eventualmaxime, dem radikalsten Konzentrationsmittel beherrscht ist. Wie man in Deutschland ohne Eventualmaxime zur Endverhandlung im Zivilprozeß kommen könnte, wenn der ER. den Prozeß mit den Parteien nicht bereits in extenso verhandelt, ist nicht einzusehen.

Aber so, wie es in der Funktionsbestimmung V o l k m a r s geschieht, hat man sich bisher das Verhältnis zwischen Vorb.-Verf. und kollegialem Abschlußverf. auch nicht vorgestellt, und darf es der Anlage und tatsächlichen R e g e l u n g des ER.-instituts nach auch gewiß n i c h t. Denn wäre es wirklich in der Absicht der Gesetzgebung gelegen, das Verf.v.d.ER. auf eine Vorbesprechung eines Kollegialrichters mit den Parteien zu beschränken, und das ganze Gewicht des Verfahrens in die kollegiale Verhandlung zu legen, so ist das Vorb.verf. der §§ 348 ff. eine überflüssige, und sofern sie dem ER. Entscheidungen, die eine mündliche Verhandlung voraussetzen, wie die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden und wie das Aktenlageurteil, überläßt, eine verfehlte Regelung. Dann hätte es genügt, den § 272 b ZPO. dahin zu erweitern, daß der Vorsitzende oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied des Prozeßgerichts die Parteien auch zu einer vorbereitenden Erörterung der Streitsache laden kann, in der Versäumnisurteil zulässig ist. Aus der Einführung des besonders geregelten Verf.s v.d.ER., in dem bestimmungsgemäß der Rechtsstreit durch erschöpfende Erörterung „des ganzen Sach- und Streitverhältnisses" soweit zu fördern ist, daß derselbe „tunlichst durch eine Verhandlung vor dem Prozeßgericht erledigt werden kann", ergibt sich also, daß dem Instruktionsabschnitt des Verfahrens nach der Intention der Gesetzgebung ein ganz erhebliches E i g e n g e w i c h t zukommen soll. Jedenfalls schließt es die Gesetzeslage nicht aus, daß der Prozeß während der ent-

scheidenden Phasen seiner Entwicklung vom ER. geleitet wird, und dieser eine vielleicht umfangreiche und langwierige Instruktionstätigkeit entfaltet, von der keineswegs von vornherein feststehen kann, ob sie sich völlig im Rahmen der späteren Kollegialentscheidung bewegt oder nicht.

Die Gefahr der Teilung der auf die Verhandlung des Rechtsstreits bezüglichen richterlichen Verfahrensaufgabe in ihrer natürlichen Einheit in zwei ungleiche Abschnitte, in ein umfassendes, einzelrichterliches Vorbereitungs- und ein korrigierendes und resumierendes Kollegialverfahren liegt also darin, daß es leicht zur unrichtigen Instruktion des Prozesses durch den Vorbereitungsrichter kommen kann. Wie groß ist dann die Versuchung, den nach Ansicht des Kollegiums unrichtig vorbereiteten Prozeß, nachdem er einmal auf dieses Geleise gebracht worden ist, und nach dem vielleicht eine ganze Reihe von Beweiserhebungen unter Zugrundelegung eines falschen Rechtssatzes erfolgt ist, lieber recht und schlecht auf dieser Grundlage zu entscheiden, als den ER. vor den Parteien bloßzustellen. Dann führt die Durchlöcherung der Unmittelbarkeit der Prozeßleitung dahin, daß die von den drei Richtern gezeichnete Entscheidung im Grunde garnicht eine solche des Mehrheitsgerichts ist. Aber man braucht nicht gleich an eine total fehlgehende Instruktion des Verf.s durch den ER. zu denken. Die besondere Qualität kollegialer Rechtssprechung kann auch in anderer Weise durch das Institut des Vorb.Verf.s dem Prozeß verloren gehen. Es genügt schon, wenn der ER. die individuellen Züge, die der Prozeß aufweist, aus Unachtsamkeit oder dem natürlichen Bestreben, ans Kollegium „glatte Sachen" abzugeben, verwischt, indem er sie in einer schablonenmäßigen Zurechtlegung des Streitstoffs vergräbt. Das Instruktionsverfahren führt leicht dahin, daß das Tatsachenmaterial bereits in eine der überkommenen Entscheidungsformeln gepreßt und nach diesen zugerichtet, ans Kollegium gelangt und dadurch die bessere Kognition des Mehrheitsgerichts dem Prozeß nicht mehr zugute kommen kann. Der Vorbereitungsrichter, der in den wichtigen Klagsachen in beiden Tatsacheninstanzen faktisch nicht viel anders als eine Vorinstanz wirkt, scheint also in vielen Fällen ein ungeeigneter Mittler zwischen dem Rechtsleben und den Spruchkammern der Gerichte zu sein. Dabei ist noch nicht einmal an die Gefahr gedacht, daß das Mehrheitsgericht sich im Einzelfall allzu leichtgläubig dem bewährten und unmittelbar sachvertrauten ER. anschließt, und auf eine eigene ernsthafte Meinungsbildung verzichtet. In verschiedener Beziehung unterliegt es also schweren Bedenken, wenn die Gesetzgebung dem Kollegialprozeß das Verf.v.d.ER. vorschaltet. Der einzelrichterlich vorbereitete Kollegialprozeß ist ein so widerspruchsvoll aufgebautes Verfahren, daß es schon viel glücklichen Zufalls bedarf, damit diese Prozeßform nicht großen Schaden stifte'.

Die Problematik des Verf.s v.d.ER., die in der Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips liegt, haftet dem Institut als solchem, der Konstruktion desselben an; denn unabhängig davon, ob und wie das Verhältnis von ER. und Mehrheitsgericht gesetzlich des näheren geordnet ist, ob der Vorb.-Richter etwa nur im Einvernehmen mit dem Prozeßgericht handeln soll — die Möglichkeit, daß der ER. bei seiner Tätigkeit irgendwie in ungeeigneter Weise verfährt, läßt sich wohl durch keinerlei gesetzliche Sicherungen ganz ausschließen. Wohl aber können die Schwierigkeiten, die mit dem Verf.v.d.ER. verbunden sind, eine ganz erhebliche Verschärfung erfahren, wenn der ER. gegenüber dem Kollegium bei der Wahrnehmung der Vorbereitungsaufgabe selbständig gestellt ist, also nach eigenem Gutdünken über den Abschluß seines Verfahrens verfügen darf und Weisungen bezüglich der Vorbereitungstätigkeit nicht entgegenzunehmen braucht. Dann hängt es bei verschiedener Rechtsauffassung völlig vom guten Einvernehmen zwischen Vorbereitungsrichter und Kollegium ab, ob der Prozeß von vornherein oder doch rechtzeitig richtig im Sinn der Anschauung des Mehrheitsgerichts instruiert wird, oder ob er zunächst einmal eine gute Weile in nutzloser Weise unter Zeit- und Kostenvergeudung „vorbereitet" wird.

Wie bereits dargelegt wurde, liegt das System des selbständigen ER.s dem Recht der Novelle 1924 zugrunde, so bedenklich es prozeßpolitisch gesehen, auch ist. Dagegen hat die Novelle 1933 im Anschluß an den E. das System des selbständigen ER.s verlassen und den Vorb.-Richter in engen Konnex mit dem Mehrheitsgericht, für welches er tätig wird, gebracht. Dieser neue Standpunkt liegt auch ganz in der Linie des Interesses, welches der E. und die Novelle 1933 in gewisser Weise an der Belebung des Unmittelbarkeitsgedankens nehmen.

Im Folgenden ist es nun unsere Aufgabe, die neue Lösung der Novelle 1933 § 349 II 4 — im E. ist es § 470 II 4 — einer genaueren Betrachtung zu unterziehen, um die Tragweite dieser, wie es scheint, eine zentrale Frage des ganzen Einzelrichterinstituts betreffenden Regelung festzustellen und zu untersuchen, ob das Verhältnis von ER. und Kollegium hier in einer Weise geordnet wurde, welche die Gefahren, die in der Verletzung der Unmittelbarkeit der Prozeßleitung liegen, eher auszuräumen vermag als die Regelung der Novelle 1924. Denn daß das ER.-Verf., in der unfertigen Gestalt, in der es als Produkt einer überstürzten Sparsamkeitsgesetzgebung in unser Recht kam, nicht die „beste und zukunftsreichste Neuerung" darstellt[141]), dürfte erwiesen sein. Will man am ER.-verfahren festhalten, so kommt deshalb alles darauf an, die Mängel, die diesem institutionell anhaften, durch die Kunst der Gesetz-

[141]) Wie Sonnen, Gruch. Beitr. 1925, S. 475 meint.

gebung wenigstens auszugleichen und das ER.-Institut durch pfleglichen inneren Ausbau zu einem relativ unschädlichen Instrument rationeller Verfahrensgestaltung zu machen. Alle Wege, die möglicherweise zu diesem Ziele führen, bedürfen darum sorgfältiger Prüfung. Handelt es sich bei der praktischen Bedeutung, die dem Verf.v.d.ER. zukommt, hier doch um ein Verfahrensproblem ersten Ranges. Darum ist es auch verdienstlich und spricht für die Unvoreingenommenheit des Reformwillens der Gesetzgebung, daß der E. von 1931 die Diskussion über die zweckmäßigste Ordnung des Verhältnisses von ER. und Kollegium selber durch einen neuen Vorschlag wieder angeregt hat, wenn der Richtungswechsel auch gewissermaßen im Stillen vollzogen wurde, um nicht allzu sichtbar auf die Unzulänglichkeiten der 1924 zum Gesetz gewordenen Regelung hinzuweisen. Nachdem der vorläufige Umbau des Verf.s durch die Novelle 1933 dieses Projekt zu g e l t e n d e m R e c h t erhoben hat, erscheint eine genauere Untersuchung der Bedeutung und Tragweite dieses Lösungsversuchs aber auch positivrechtlich geboten.

3. Kapitel.

Einzelrichter und Kollegium nach dem Recht des Entwurfs 1931 und der Novelle vom 27. Oktober 1933.

I. Die Verhandlungsreife-Entscheidung im nichtpräsidialen Vorbereitungsverfahren.

§ 10.

Voraussetzungen, Inhalt und Grundlagen der Verhandlungsreife-Entscheidung des Prozeßgerichts.

Nach § 349 II 4 nov. ZPO., § 470 II 4 E. entscheidet das Mehrheitsgericht bei Meinungsverschiedenheit zwischen Vorsitzendem und ER. über die Frage der Verhandlungsreife (Vhs.-reife). Da diese Bestimmung davon ausgeht, daß ER. und Vorsitzender (Vorsi.) nicht identisch ist, regelt sie jedenfalls unmittelbar die Entscheidung über die Vhs.-reife nicht auch in denjenigen Fällen, in denen der Vorsi. des Prozeßgerichts als ER. tätig wird. Es sei deshalb auch im folgenden zunächst ausschließlich die Vhs.-reife-Entsch. im Vorb.verf. des nichtpräsidialen ER.s erörtert.

Eine Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife, wie sie vom Gesetz zur Voraussetzung einer Kollegialentscheidung gemacht worden ist, liegt vor, wenn ER. und Vorsi. darüber, in welchem Zeitpunkt die Überleitung des Prozesses aus dem Vorb.-verf. in das kollegiale Abschlußverfahren veranlaßt ist, uneins sind, wenn die Ansichten, wie in dieser Frage am richtigsten und zweckmäßigsten gehandelt wird, auseinandergehen[142]). Da diese Vorschrift offenbar eine Meinungsbildung

[142]) Wenn Römer, DRZ. 1932, 80 die Ansicht vertritt, daß in der Praxis Meinungsverschiedenheiten über die Vhs.-reife kaum vorkommen werden, so stellt er den Richtern damit kein gutes Zeugnis aus; je selbständiger im Urteil die Richter eines Kollegiums sind, desto häufiger werden sich auch Meinungsverschiedenheiten über die Vhs.-reife einstellen, die sich nicht durch einen Gedankenaustausch ohne weiteres beheben lassen. Nur weil fast immer verschiedene Beurteilungsmöglichkeiten bestehen, brauchen wir Mehrheitsgerichte. Nichts wäre deshalb bedauerlicher, als wenn in einem Kollegium die Neigung bestünde, allzusehr eine bequeme Eintrachtigkeit zu kultivieren.. Es ist also zu erwarten, daß Meinungsverschiedenheiten über die Vhs.-reife, diese Symptome einer lebendigen und produktiven Arbeit innerhalb des Kollegiums in der Gerichtspraxis nicht gar so selten sind.

des Vorsi., der nicht ER. ist, über die Vhs.-reife des Prozesses voraussetzt, fragt es sich, auf welchem Weg der Vorsi. zu einer Meinung über die Vhs.-reife gelangt, und insonderheit, ob er nicht nur ein Recht, sondern auch die Pflicht hat, während des Vorb.-verf.s in regelmäßigen Abständen Einsicht in die Prozeßakten zu nehmen und sich so über den Stand des Prozesses im Hinblick auf den Zeitpunkt des Eintritts der Vhs.-reife fortlaufend zu informieren.

Im Sinne der Regelung dürfte in der Tat die Annahme einer derartigen Beobachtungspflicht des Vorsi. liegen. Es sollen durch sie besondere Garantien für die rechtzeitige Überleitung des Prozesses in das kollegiale Abschlußverfahren geschaffen werden, weil man mit Recht in der tunlichsten Sicherstellung rechtzeitiger Überleitung eine der wichtigsten Aufgaben der ER.-regelung sieht. Deshalb ist eine besondere Verantwortlichkeit des Vorsi. für diese begründet worden. Würde man eine Prüfungspflicht des Vorsi. nicht annehmen, oder nur für den Fall, daß seitens der Parteien zur Frage der Vhs.-reife des Prozesses Stellung genommen worden ist, so wäre die Verfahrenskonzentration, welche diese Bestimmung sichern will, in hohem Maß dem Zufall ausgesetzt. Denn die Parteien sind nur in den seltensten Fällen in der Lage festzustellen, ob eine Vorbereitungshandlung des ER.s verzögerlich ist oder nicht, da sich diese Frage nach dem ihnen noch vielfach unbekannten Rechtsstandpunkt des erkennenden Gerichts, und weitgehend nach richterlichen Zweckmäßigkeitserwägungen beurteilt. Nur eine fortlaufende Beaufsichtigung des Vorb.-verf.s durch den Vorsi. kann sonach sicherstellen, daß das Verf. unverzögerlich im Einklang mit der Meinung des Kollegiums vorbereitet wird und jenen dauernden Kontakt zwischen Prozeßgericht und ER. herstellen, der die Aufspaltung, die das Verf. dadurch erleidet, daß es vor zwei Gerichtsorganen verhandelt wird, einigermaßen überbrückt — mag die Durchführung dieser Aufgabe auch die Zeit des Vorsi. nicht unerheblich beanspruchen[143]).

Des weiteren ist es zur Pflicht des Vorsi. gemacht worden, alsbald die Entscheidung des Kollegiums herbeizuführen, wenn sich eine Meinungsverschiedenheit mit dem ER. über die Vhs.-reife herausstellt. Es ist nicht etwa ins freie Ermessen des Vorsi. gestellt, ob er alsdann den dritten Richter des Prozeßgerichts zuziehen will oder nicht. Die Herbeiführung einer Kollegialentscheidung ist bei Meinungsverschiedenheit eine wichtige, im Interesse der Verfahrenskonzentration gelegene Maßnahme. Die in der Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife zugleich liegende Gefahr einer Unstimmigkeit zwischen ER.

---

[143]) a.M. lediglich unter Hinweis auf die zeitliche Beanspruchung des Vorsi. Römer a.a.O.

und Kollegium über die Entscheidungsnorm des Verfahrens erfordert im Interesse der Verfahrensökonomie, daß die Situation sofort geklärt wird.

Für die nach § 349 II 4 nov.ZPO. ergehende Kollegialentscheidung ausschlaggebend ist die Stimme des dritten Mitglieds des Prozeßgerichts, da nach der gegenwärtigen Verfassung die land- und oberlandesgerichtlichen Spruchkörper Dreimännerkollegien sind, der Vorsi. und der ER., — welch letzterer nach § 350 Mitglied des Prozeßgerichts sein muß — in der zu entscheidenden Frage aber geteilter Meinung sind. Je nachdem also, ob der dritte Richter sich der Meinung des ER.s anschließt oder dem Vorsi. folgt, wird die Ansicht dieses oder jenes die erforderliche absolute Stimmehrheit erreichen[144]) und zur maßgebenden Ansicht des Kollegiums über die Vhs.-reife werden. Der Abstimmung hat eine Beratung vorauszugehen, wie bei jeder anderen im Gesetz vorgesehenen Entscheidung eines Mehrheitsgerichts[145]).

Es erhebt sich nun die Frage, mit welchem Inhalt die Entscheidungen des Mehrheitsgerichts ergehen können, wenn Vorsi. und ER. sich über die Vhs.-reife nicht zu einigen vermögen. Der nächstliegende Grund für die Aufstellung eines Entscheidungsrechts des Kollegiums dürfte in dem in der Praxis gewiß vielfach zutage getretenen Bedürfnis liegen, zum Abschluß des einzelrichterlichen Verfahrens auch gegen den Willen des ER.s gelangen zu können. Dieses Ziel ist mittels § 349 II 4 nov. ZPO. ohne Zweifel zu erreichen. Das Kollegium kann feststellen, daß der Prozeß verhandlungsreif vor der Kammer im Sinn der Bestimmungen über das Verf.v.d.ER. ist und der einzelrichterlichen Tätigkeit ein Ende bereiten. Aber auch die umgekehrte negative Entscheidung über die Vhs.-reife ist möglich. Das Kollegium ist gleichfalls nicht behindert, den Rechtsstreit für weiterer einzelrichterlicher Vorbereitung bedürftig zu erklären und kann auf diese Weise die Fortsetzung des einzelrichterlichen Verfahrens auch gegen den Willen des ER.s veranlassen. Eine inhaltliche Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des voll besetzten Gerichts etwa in dem Sinn, daß diese sich nur positiv erklären, das Fehlen der Vhs.-reife dagegen nicht feststellen dürfte, ist angesichts der allgemeinen Formulierung des Entscheidungsrechts und dem Bedürfnis auch nach einer negativen Entscheidung des Kollegiums nicht anzunehmen. Eine solche läßt sich auch nicht begründen durch den Hinweis, daß dem Satz 4 § 349 II unmittelbar eine Bestimmung vorausgehe, die ausschließlich den Fall des Vorliegens der Vhs.-reife betrifft. Es ist also davon auszugehen, daß das Kollegium nach § 349 II 4 die Vhs.-reife sowohl maßgebend bejahen wie verneinen kann.

[144]) GVG. § 196.

[145]) GVG. §§ 193 194. Abstimmung und Beratung erfolgen unter Leitung des Vorsi. mit Korrektur durch das Kollegium.

Wann aber ist nun ein Prozeß im Sinne der Bestimmungen über das ER.-Verf. verhandlungsreif und es darum für die Überleitung des Rechtsstreits in das Abschlußverfahren an der Zeit?

Für die Frage, ob der ER. seiner Vorbereitungsaufgabe im Einzelfall vollinhaltlich genügt hat, ist die gesetzliche Festlegung und Begrenzung der Vorbereitungsaufgabe des ER.s in § 349 I 2 und Abs. II I, 2 maßgebend. Es ist also festzustellen, ob es bereits zu einer erschöpfenden Erörterung des gesamten Sach- und Streitverhältnisses durch den ER. gekommen ist und außerdem der Prozeß durch den ER. soweit gefördert wurde, daß er voraussichtlich durch etwa eine Verhandlung vor der Kammer erledigt werden kann. Schon diese Fragen des richterlichen Ermessens zeigen, daß die Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Abschlußverfahren in weitem Maß Sache subjektiver Wertung ist. Noch offenbarer aber wird dies, wenn man beachtet, daß die Frage, ob der Prozeß für das Urteilsgericht bereits übernahmereif ist, in vielen Fällen von der Entscheidung abhängen wird, ob sich die Erhebungen bestimmter Beweise durch den ER. oder durch das Kollegium empfiehlt und bei Zugrundelegung des gesetzlichen Arbeitsteilungsplanes veranlaßt ist.

Das Kollegium ist also auch berechtigt, bei Meinungsverschiedenheit darüber, die Form der Beweiserhebung festzulegen, wobei es die in § 349 II 1 und 2 aufgestellten Grundsätze zu beachten und unter Zugrundelegung dieser Bestimmungen darüber zu entscheiden hat, ob Unmittelbarkeit der Beweiserhebung erforderlich und durchführbar ist. Hält das Kollegium, deren Beobachtung im Einzelfall entgegen der Ansicht des ER.s für entbehrlich, so ist es befugt, die Weiterführung des Vorb.-verf.s zu veranlassen mittels der Entscheidung, der Prozeß sei noch nicht übernahmereif[146]). Wünscht das Kollegium umgekehrt entgegen der Meinung des ER.s die Durchführung einer unmittelbaren Beweiserhebung, so hat es den Rechtsstreit für verhandlungsreif zu erklären und so an sich zu bringen. Daß sich die Verfasser des E.s des Zusammenhangs der Vhs.-reife-Entsch. mit der Frage des Beweiserhebungsermessens bewußt waren, ergibt ein Vergleich des Wortlauts des E.s mit dem der Novelle 1924 in der Bestimmung über die einzelrichterliche Beweisaufnahme, der zeigt, daß — als mit dem Recht des Kollegiums zu entgültiger Vhs.-reife-Entsch. nicht vereinbar — die

---

[146]) Diese Entscheidung versagt es dem ER. nicht nur, ohne weiteres das Vorb.-verf. erneut zu beenden, sondern kann und wird häufig zugleich ein diesen verpflichtendes Gebot zur Entfaltung einer vom Kollegium näher bestimmten Tätigkeit, nämlich der Erhebung bestimmter Beweise an den ER. enthalten. Darüber, daß die Entscheidungsbefugnis über die Verhandlungsreife dem Kollegium auch ein Weisungsrecht gegenüber dem ER. vermittelt und auf diese Weise eine Annäherung des Vorb.-richters an das Institut des Richterkommissars erfolgt, vgl. § 15.

auf das subjektive Ermessen des ER.s abgestellte Formulierung der Novelle in § 349 II 2 von § 470 II 2 E. aufgegeben worden ist. Aus der Beschränkung des Beweiserhebungsermessens des ER.s im E., die durch die Novelle 1933 noch verschärft worden ist, folgt also unzweifelhaft, daß die Vhs.-reife-Entsch. des Kollegiums inhaltlich nicht durch einen Vorbehalt zugunsten des ER.s in der Frage der Beweiserhebung eingeschränkt sein soll und sich auf diese mit erstreckt[147]). Infolgedessen trifft nach dem Recht des E.s und der Novelle 1933 die Verantwortung dafür, daß die Beweiserhebungen in der richtigen Form erfolgen, auch weitgehend den beobachtungspflichtigen Vorsitzenden und die Kammer.

Für das geltende Recht ist behauptet worden, der Rechtsstreit könne auch schon dann für verhandlungsreif erklärt werden, wenn eine Übereinstimmung zwischen ER. und Kollegium über das zur Instruktion Veranlaßte von vornherein nicht zu erwarten sei[148]). Hiernach wäre das Vorb.-verf. unter den genannten Voraussetzungen also auch dann zu beenden, wenn der Prozeß nach jeder, sowohl nach der vom Vorsi. als auch vom Kollegium vertretenen Ansicht an sich unzweifelhaft noch vorbereitungsbedürftig ist. Die hier empfohlene Verwendung der Vhs.-reife-Entsch. erklärt sich indessen aus der Absicht, eine Vorbeugungsmaßnahme gegen ungeeignete Einzelrichtertätigkeit zu schaffen, nachdem nach dem Recht der Novelle 1924 eine Weisungsbefugnis des Kollegiums zur Gewährleistung der inneren Einheit des Prozesses nicht zu begründen war. Im Sinne der Novelle 1933, die Mittel zur Verfügung stellt, um eine einfügsame Abwicklung des Vorbverf.s zu erzwingen, würde ein solcher Verzicht auf einzelrichterliche Tätigkeit nach Einleitung des Vorb.verf.s daher nicht liegen.

§ 11.

Die Entscheidung über die Verhandlungsreife, wenn diese nicht Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit ist.

Um des weiteren die möglichen Wirkungen einer Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife nach § 349 II 4 nov. ZPO. zu bestimmen, müssen zunächst die verschiedenen Situationen des Verfahrens, in denen ein Überleitungskonflikt diese Entscheidung nötig machen kann, festgestellt werden. Das aber hat zur

[147]) Für die Auslegung von § 349 II 2 — 4 nov. ZPO. ist also festzuhalten, daß das Bestimmungsrecht über die Beweisaufnahme, soweit es nunmehr entgegen der Novelle 1924 dem ER. entzogen ist, nicht etwa im Terminansetzungsrecht des Vorsi. nach S. 3 l. c. aufgeht, sondern im Zweifelsfall dem Entscheidungsrecht des Kollegiums nach S. 4 zugehört.

[148]) Sonnen Gruch. Beitr. 1925, 483.

Voraussetzung, daß Klarheit besteht über die Frage, welches richterliche Organ im Normalfall, nämlich wenn die Überleitung des Prozesses nicht Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit zwischen ER. und Vorsi. geworden ist, die Entscheidung über die Vhs.-reife zu treffen hat.

Das Kollegium kommt hierfür offenbar nicht in Betracht, da § 349 II 4 nov. ZPO. ihm die Vhs.-reife-Entsch. nur zuweist bei Meinungsverschiedenheit zwischen Vorsi. und ER. Es fragt sich also, ob der ER. die Entscheidung zu treffen hat, oder der Vorsi. Für die letztere Lösung spricht manches. Sie läßt sich zwar nicht darauf stützen, daß es Sache des Vorsitzenden ist, den Kollegialtermin anzuberaumen, wie für das Recht von 1924 im Hinblick auf die gegenteilige Ansicht Heinsheimers bereits dargelegt wurde. An der Unterscheidung zwischen dem Recht zur Terminansetzung und demjenigen, das Vorb.verf. abzuschließen, aber hält auch das neue Recht fest, ja es unterstreicht sie noch, indem es, auch soweit die Entscheidung über die Vhs.-reife dem Vorsi. ausdrücklich entzogen und dem Kollegium überlassen ist, die Anberaumung des Kollegialtermins doch Sache des Vorsi. sein läßt § 349 II 3 nov. ZPO. Bei dieser Trennung der beiden richterlichen Befugnisse läßt sich aus dem Terminbestimmungsrecht des Vorsi. die Befugnis, über die Vhs.-reife zu entscheiden, aber gewiß nicht mehr herleiten. Dagegen ließ sich für ein Entscheidungsrecht des Vorsi. anführen: die Entscheidung über die Vhs.-reife, falls Meinungsverschiedenheit nicht vorliegt, mache es nötig, zuvor festzustellen, ob die vorausgesetzte Übereinstimmung zwischen ER. und Vorsi. in der Tat nicht verloren gegangen ist. Über den Abschluß des Vorb.verf.s müsse mithin in jedem Fall der Vorsi. gehört werden. Dann aber sei es zweckmäßig, wenn wirklich Übereinstimmung über die Vhs.-reife vorliegt, dem ohnehin mit der Sache befaßten Vorsi. auch die positive Vhs.-reife-Entsch. zu geben. Verlangt man nämlich für die positive Vhs.-reife-Entsch. ausdrücklichen Gerichtsbeschluß — und ein solcher empfiehlt sich zumindest, damit die Parteien über die Zuständigkeitsverhältnisse unterrichtet sind — so würde der umgekehrte Standpunkt, wonach die Sache zum Erlaß der Abschlußverfügung vor der Terminansetzung vom Vorsi. noch einmal dem ER. vorgelegt werden müßte, nur zu einer Verzögerung des Abschlusses führen.

Auf der anderen Seite läßt sich zugunsten der Anerkennung der vorläufigen Entscheidungsbefugnis des ER.s darauf hinweisen, daß die Feststellung der Vhs.-reife bei Übereinstimmung zwischen Vorsitzendem und ER. eine Aufgabe bedeutet, die ein materielles Entscheidungsrecht nicht enthält, sodaß ein Grund, den Vorsitzenden mit ihr zu bemühen, nicht ersichtlich ist. Die Zuständigkeit des ER.s dürfte sich mittelbar aber wohl auch aus § 349 II 4 nov. ZPO. entnehmen lassen.

Es hat auch dann, wenn vom Überleitungskonflikt abgesehen, der ER. über die Vhs.-reife entscheidet, einen guten Sinn, vom Vorsi. eine Meinungsbildung über die Vhs.-reife des Prozesses zu erwarten, weil nämlich der Vorsi. als Repräsentant des Kollegiums die Aufgabe hat, eine Kontrolle über das Vorb.verf. zu üben, damit die Vorbereitungsaufgabe richtig und zweckmäßig durchgeführt wird. Dagegen hat es keinen rechten Zweck — die Beobachtungspflicht des Vorsi. vorausgesetzt — vom ER. eine Meinungsbildung über die Vhs.-reife, von der § 349 II 4 doch unzweifelhaft ausgeht, zu verlangen, wenn die Vhs.-reife-Entsch. im Normalfall nicht ihm, sondern dem, den Ablauf des Vorb.verf.s pflichtgemäß kontrollierenden Vorsitzenden zusteht. Man müßte denn der Annahme sein, der ER. solle die Vhs.-reife-Entsch. des Vorsitzenden kontrollieren, sodaß sein Widerspruch gegen die ergangene oder beabsichtigte Entscheidung des Vorsi. die Voraussetzung der Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 bilden würde. Dem ER. die Vhs.-reife-Entsch. bei Nichtvorliegen einer Meinungsverschiedenheit einzuräumen, erweist sich aber auch insofern als zweckmäßig, als nur dann, wenn der ER. an sich in der Lage ist, nach Ansicht des Vorsi. unzweckmäßige Vhs.-reife-Entsch.en zunächst zu treffen, insbesondere das Verfahren vorzeitig abzuschließen, für den Vorsitzenden ein wirksamer Ansporn besteht, den Gang des Vorb.verf.s im Hinblick auf die Vhs.-reife des Prozesses fortgesetzt aufmerksam zu beobachten. An der Sicherstellung einer ernsthaften Wahrnehmung der Beobachtungspflicht des Vorsi. liegt aber besonders viel, weil es nicht zuletzt von dieser abhängt, ob die innere Einheit des Verf.s im einzelnen Rechtsstreit so weitgehend als möglich gewahrt bleibt. Der gesetzgeberische Gedanke des § 349 II 4 nov. ZPO. verlangt, es also auch aus diesem Grund, daß die Entsch. über die Vhs.-reife, solange eine Meinungsverschiedenheit nicht hervorgetreten ist, vom ER. und nicht vom Vorsi. getroffen wird. Das Verhältnis von ER. und Vorsi. im Hinblick auf die Vhs.-reife-Entsch. ist dann dies: solange der Vorsi. nicht eine von der Ansicht des ER.s verschiedene Meinung über die Vhs.-reife kundgegeben, insbesondere also, wenn er der zu erwartenden positiven Vhs.-reife-Entsch. des ER.s nicht widersprochen hat, kann der ER. über die Vhs.-reife entscheiden[149]). Ist dem ER. dagegen eine

---

[149]) Hat der Vorsitzende eine gegenteilige Meinung nicht erklärt, so spricht die Wahrscheinlichkeit für Übereinstimmung. Mit diesem Normalfall kann gerechnet werden. Wird die Vermutung im Einzelfall nachträglich widerlegt durch Nichtbilligung des einzelrichterlichen Verfahrensabschlusses seitens des Vorsi., so ist auch jetzt noch eine Überprüfung der Vhs.-reife-Entsch. des ER.s durch das Kollegium nach § 349 II 4 Nov. ZPO. möglich. Daß Nichtwiderspruch des Vorsi. nicht unbedingt in allen Fällen Übereinstimmung anzeigt, rechtfertigt es also weder, daß der ER. vor seiner Entsch. sich der Übereinstimmung des Vorsi. zu versichern hat, noch gar eine Übertragung der Vhs.-reife-Entsch. an den Vorsi. bei Übereinstimmung.

der seinen entgegengesetzte Vhs.-reife-ansicht des Vorsi. bekannt, so liegt ein Fall der Meinungsverschiedenheit vor, indem Zuständigkeit des ER.s zur Vhs.-reife-Entsch. nicht besteht. Führt dann ein Austausch der Meinungen nicht zur Übereinstimmung der beiden Richter, so wird Entscheidung des Kollegiums nach § 349 II 4 nov. ZPO. nötig.

§ 12.

Vorläufige Entscheidung über die Verhandlungsreife bei Meinungsverschiedenheit?

Bei Meinungsverschiedenheit zwischen Vorsi. und ER. über die Vhs.-reife gibt das neue Recht im Anschluß an den E. dem Prozeßgericht die maßgebende Entscheidung, die im Hinblick auf die Verfahrenskonzentration so beschleunigt als möglich zu treffen ist. Trotzdem dürfte die Frage, wie der Prozeß in der Zeit vom Hervortreten der Meinungsverschiedenheit bis zur Kollegialentscheidung behandelt werden soll, praktisch nicht ganz unwichtig sein, denn es muß bezweifelt werden, ob die Kollegialentscheidung in der Gerichtspraxis jederzeit ganz unverzögerlich ergehen kann. Für die Kollegialentscheidung ausschlaggebend ist das Votum des dritten, mit dem Prozeß bisher in keiner Weise befaßten Richters des Mehrheitsgerichts, der zumeist mit anderen Aufgaben vollauf beschäftigt sein wird, und deshalb insbesondere in Prozessen mit komplizierterem, umfangreicheren Streitstoff eine wohlerwogene Entscheidung über die Vhs.-reife vielfach nicht umgehend wird treffen können. In diesem Fall ist es aber nicht unerheblich, was mit dem Vorb.verf. in der Zwischenzeit geschieht. Vor allem aber interessiert die genannte Frage, um über die Verfahrenslagen, in denen die Kollegialentscheidung nach § 349 II nov. ZPO. möglicherweise ergeht und damit über deren Wirkungen klar zu sehen. In Hinsicht auf die Funktion der Kollegialentscheidung macht es einen Unterschied, ob dem Eintreten des Vorsi. für den Abschluß des Vorb.verf.s ohne weiteres die Wirkung, den Prozeß unmittelbar vor das Kollegium zu stellen, beigemessen wird, das Vorb.verf. also jedenfalls für's erste beendet ist, oder ob man nur eine Unterbrechung des Vorb.verf.s gerichtlicherseits annimmt mit der Folge, daß der Prozeß im Vorb.verf. verbleibt. Ersterenfalls würde eine Billigung des einzelrichterlichen Standpunkts durch das Kollegium die Einleitung eines neuen Vorb.verf.s bewirken, sonst dagegen nicht.

Die Frage ist also, ob die Entscheidung des Kollegiums über die Vhs.-reife die einzige ist, die über diesen Gegenstand ergehen kann, nachdem die Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife hervorgetreten ist, ob § 349 II 4 nov. ZPO. ohne weiteres jede andere Entscheidung ausschließt, auch wenn

diese vorbehaltlich des Kollegialbeschlusses ergeht — oder ob vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife zulässig sind.

Der ER. will das Vorb.verf. abschließen, der Vorsi. hält dem entgegen Fortsetzung für geboten. Für die endgültige Entscheidung über die Vhs.-reife ist das Kollegium zuständig. Sind vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife ausgeschlossen, so würde die Meinungsverschiedenheit zur ersten Folge haben, daß das Vorb.verf. bis zum Erlaß des Kollegialbeschlusses unterbrochen wird, daß also weder der ER. befugt ist, den Abschluß des Vorb.-verf.s vorläufig zu verfügen, noch der Vorsi. für's Erste die Fortführung desselben veranlassen kann. Bleibt hingegen bis zur Entsch. des Kollegiums der Fortgang des Prozesses auch bezüglich der Vhs.-reife-Entsch. gewahrt, so besteht die Möglichkeit, daß die Entsch. über die Vhs.-reife vorläufig entweder dem Prozeßleitungsermessen des ER.s oder dem des Vorsi. anheim gegeben wäre: daß entweder der ER. (vorläufig wirksam) abschließen könnte, der Vorsi. die Fortführung des Vorb.verf.s also nur zu erreichen vermöchte, wenn er einen ihm folgenden Kollegialbeschluß herbeiführen kann — oder daß umgekehrt der Vorsi. (einstweilen) die Fortführung des Vorb.verf.s durchzusetzen in der Lage wäre. Desgleichen ist im umgekehrten Fall: nämlich wenn der ER. weiter vorbereiten will, der Vorsi. aber den Abschluß des Verf.s verlangt, zu fragen, ob bis zur Kollegialentscheidung im einzelrichterlichen Verf. nichts geschehen darf, über dieses also keine (vorläufig wirksame) Anordnung getroffen werden kann oder ob einstweilen das Prozeßleitungsermessen, sei es des ER.s, sei es des Vorsi., für dieses maßgebend sein soll.

Das Richtige dürfte sein: die Zulässigkeit von vorläufigen Entscheidungen über die Vhs.-reife zu verneinen, sodaß das Vorb.-verf. bis zum Kollegialbeschluß als sistiert anzusehen ist, bis dahin also weder fortgeführt noch beendet werden kann.

Schon der Umstand, daß dem Gesetz daran gelegen sein muß, daß die Kollegialentscheidungen nach § 349 II 4 alsbald nach Hervortreten einer Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife getroffen wird, ergibt, daß die Zulassung von Zwischenentscheidungen dem Sinn dieser Regelung zuwiderlaufen würde. Wäre bei Verzögerung der Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife die Fortsetzung des Vorb.verf.s möglich, und diese ist unzweifelhaft zulässig, wenn vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife statthaft sind — so würde im Grunde über die Regelung des § 349 II 4 hinweggeschritten, die bei Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife das Kollegium entscheiden lassen will, nach der weitere Vorbereitungshandlungen nur dann vorgenommen werden sollen, wenn das Kollegium solche für erforderlich hält.

Die Zulässigkeit von Zwischenentscheidungen über die Vhs.-reife ist aber auch deshalb zu verneinen, weil sich schwer-

lich feststellen ließe, ob es der Vorsi. oder der ER. ist, der zu einer vorläufigen Gestaltung des Vorb.verf.s nach seinem Prozeßleitungsermessen befugt wäre.

Für die Zuständigkeit des ER.s ließe sich anführen, daß die Meinung des ER.s über die Vhs.-reife den Vorzug vor der des Vorsi., welche dieser auf Grund seiner Aufsichtsbefugnisse gebildet hat, verdiene, weil die Vermutung dafür spricht, daß sie vom Mehrheitsgericht deshalb werde gebilligt werden, weil sie auf Grund von unmittelbarer Verhandlung des Streitfalls gebildet wurde, und deshalb die richtige ist. Der Vorsi. solle mit der Anberaumung des Kollegialtermins gegen den Willen des ER.s nicht zuwarten dürfen, da anzunehmen ist, daß das Mehrheitsgericht unter diesen Umständen die Vhs.-reife-Entsch. des ER.s bestätigen wird und eine Verweigerung der Terminsbestimmung alsdann regelmäßig verzögerlich wirken würde, zumal bei dem von Amts wegen anzuberaumenden Kammertermin die Ladungsfrist von einer Woche (§ 217 nov. ZPO., § 461 III E.) gewahrt werden muß[150]). Werde die Vermutung widerlegt, dadurch, daß das Kollegium dem Vorsi. folgt, so erweise sich die Anberaumung des Termins vor dem Kollegium zwar als nutzlos, eine Prozeßverzögerung aber sei nicht eingetreten, da eine weitere Prozeßvorbereitung, wie sie der Vorsi. für geboten hält, in der Zwischenzeit doch nicht in Frage kam, nachdem das Vorbereitungsprogramm nach Meinung des ER.s durchgeführt war und Weisungen des Kollegiums, die für ihn — wie später darzulegen sein wird — allein maßgebend sind, nicht vorlagen. Die Möglichkeit des Handelns in dieser ungeklärten Situation bestehe allein in einer alsbaldigen Ansetzung des Kollegialtermins und rechtfertige insofern die Ansicht, daß das Gesetz bei Meinungsverschiedenheit der Ansicht des ER.s den Vorzug gibt und deren vorläufige Durchsetzung zuläßt. Der ER. könne also Ansetzung des Kollegialtermins verlangen, wie es ihm auch freistehen müsse, entgegen der Meinung des Vorsi. das Vorb.-verf. fortzusetzen, bis ein Beschluß des Kollegiums im Sinne des Widerspruchs des Vorsi. ergangen ist.

Weiter könnte der ER. für etwaige Zwischenentscheidungen deshalb für zuständig gehalten werden, weil, wie bereits festgestellt, er es ist, der im Normalfall, nämlich wenn eine Meinungsverschiedenheit nicht hervorgetreten ist, über die Vhs.-reife befindet. Entscheidet in der Praxis der ER. zumeist allein nach eigenem, nicht angefochtenem Ermessen über die Vhs.-reife, so kann es immerhin vorkommen, daß dem Vorsi. erst nach der getroffenen Entsch. des ER.s Bedenken kommen, also nachdem der ER. bereits abgeschlossen hat. Unzweifelhaft ist in diesem Fall die Herbeiführung der Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 nov. ZPO. veranlaßt, und doch lasse sich die

[150]) Püschel, a. a. O. S. 30.

vorläufige Wirksamkeit der Entsch. des ER.s hier kaum bestreiten. Der Zusammenhang der Situation der Meinungsverschiedenheit mit dem Regelfall weise also gleichfalls darauf hin, für etwaige vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife die Zuständigkeit dem ER. einzuräumen, und nicht dem Vorsi.

Andererseits wiederum sprechen wichtige Gründe dafür, den Vorsi. und nicht den ER. für etwaige Zwischenentscheidungen für zuständig zu halten. Für die Auslegung des § 349 II 4 nov. ZPO. erscheint es nicht unerheblich, daß das Verf. v.d.ER. im Grunde eine Fortbildung des Prinzips der Verfahrensvorbereitung durch den Gerichtsvorsitzenden darstellt, welches sehr ausgeprägt in den Prozeßordnungen der Schweiz zutage tritt, aber auch im Reichsrecht auf dem Gebiet des Verfahrens vor Gerichtskollegien mit Laienbeteiligung anerkannt war und von hier 1924 im Verf. v. d. ER. in qualifizierter Gestalt in den ordentlichen Prozeß übernommen worden ist. Danach erscheint es an sich als Vorrecht des Vorsi., Vorbereitungsorgan zu sein, und zwar hat diese Auffassung zur Voraussetzung die Annahme, daß nur der Vorsi. als Repräsentant der Meinung des Mehrheitsgerichts auf die Dauer befähigt ist, das Vorb.verf. entsprechend den Anschauungen des Kollegiums einzurichten und durchzuführen. Aus diesem gesetzgeberischen Grundsatz ergibt sich nicht nur die Aufsichtspflicht des Vorsi., falls er nicht selber ER. ist — er begründe auch die Erwartung, daß der Vorsi. bei seiner Meinungsbildung in der Vhs.-reifefrage weniger als selbständiger Richter, der seine besondere Meinung äußert, denn als Repräsentant des Kollegiums handeln wird. Wenn die neue Gesetzgebung es auch zuläßt, daß die Annahme, die Ansicht des Vorsi. sei diejenige des Kollegiums, durch eine Entscheidung des Mehrheitsgerichts widerlegt werden kann, so lege der Gedanke der Präsidialinstruktion doch nahe, bis zum Ergehen einer gegenteiligen Kollegialentscheidung von der Vermutung auszugehen, daß der Vorsi. in der Vhs.-reifefrage die Ansicht des Mehrheitsgerichts vertritt, das dritte Kollegialmitglied also ihm folgen werde. Dann aber müsse das Prozeßleitungsermessen des Vorsi. maßgebend sein für die Gestaltung des Vorb.verf.s, solange nicht das Kollegium über die Vhs.-reife gesprochen hat, wenn man in dieser Frage überhaupt Zwischenlösungen anerkennen will.

Es ist bereits dargelegt worden, daß sich letzteres nicht empfiehlt, vielmehr die Ansicht die zutreffende ist, wonach bei Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife unter Ausschluß jeglicher Vorentscheidungen allein das Kollegium zu entscheiden hat. Durch den Nachweis, daß sich kaum ausmachen ließe, ob andernfalls bis zur Kollegialentscheidung das Prozeßleitungsermessen des ER.s oder des Vorsi. maßgebend sein

soll, weil die Zulässigkeit von Vorentscheidungen vorausgesetzt — sich sowohl die Zuständigkeit des ER.s wie diejenige des Vorsi. mit guten Gründen rechtfertigen ließe, dürfte diese Auffassung eine weitere Bestätigung erfahren.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife auch im Hinblick auf ihre Wirkung, den Prozeß vor das Kollegium zu bringen, keineswegs erforderlich sind. Denn abgesehen davon, daß diese Wirkung nur einem Teil der möglichen vorläufigen Entscheidungen zukäme, nämlich nur den positiven Entscheidungen über die Vhs.-reife, ist es auch nicht richtig anzunehmen, daß die Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 nov. ZPO. nicht auch getroffen werden könnte, solange das Vorb.verf. anhängig ist. Das Prozeßgericht kann zwar gegenüber den Parteien Entscheidungen nicht erlassen, solange sich der Prozeß vor dem ER. befindet. Abschluß des Vorb.verf.s ist hier also Voraussetzung für den Erlaß einer Kollegialentscheidung. Die Vhs.-reife-Entsch. aber ergeht nicht in dem Sinn gegenüber den Parteien, daß die Frage der Überleitung des Prozesses aus dem Vorb.verf. in das Abschlußverfahren Gegenstand von Parteirechten wäre. Der im Interesse der Parteien aufgestellte Grundsatz, wonach eine Entscheidung nur von dem Gerichtsorgan getroffen werden darf, vor dem die Sache unmittelbar schwebt, damit die Parteien wissen, vor welchem Gericht sie ihre Anträge zu stellen und ihr Vorbringen geltend zu machen haben, steht einer Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife während der Anhängigkeit des Verf.s v.d.ER. deshalb nicht im Wege. Die Kollegialentscheidung kann also sehr wohl während der Anhängigkeit des ER.-Verf.s ergehen, ja sie setzt in den meisten Fällen dessen Existenz voraus und ist mit diesem nicht weniger vereinbar als die Entsch. des ER.s über die Vhs.-reife bei fehlender Meinungsverschiedenheit.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß die Entsch. über die Vhs.-reife bei Meinungsverschiedenheit ausschließlich beim Kollegium liegt und daß daher weder der Vorsi. noch der ER. auch nur vorläufig seine Ansicht über die Vhs.-reife unmittelbar zu rechtlicher Geltung zu bringen vermag. Ist zwischen ER. und Vorsi. über die Vhs.-reife des Prozesses eine einheitliche Meinung nicht zu erzielen, so ist bis zur Kollegialentscheidung sowohl die Fortsetzung wie die Beendigung des noch schwebenden Vorb.verf.s ausgeschlossen. Der Richter, welcher das Vorb.verf. zum Abschluß bringen möchte, kann dieses nicht als solches vorläufig beenden, ebensowenig aber ist es seinem Meinungsgegner möglich, weitere Vorbereitungstätigkeit in die Wege zu leiten. Das Hervortreten der Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife während des noch schwebenden Vorbereitungsverfahrens oder, wie man angesichts der Tatsache, daß die Vorbereitungsaufgabe und Bildung einer Mei-

nung über die Vhs.-reife zunächst dem E R. obliegt, demgegenüber der V o r s i. eine etwaige abweichende Ansicht durch W i d e r s p r u c h geltend zu machen hat, auch sagen kann — der Widerspruch des Vorsi. in der Frage der Vhs.-reife hat somit die Wirkung, daß die einzelrichterliche Tätigkeit ohne weiteres sistiert wird und das Vorb.verf., was seine gerichtliche Durchführung anlangt, in derjenigen Situation verbleibt, in der es sich im Zeitpunkt des Hervortretens der Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden Richtern befunden hat. Das Vorb.verf. bleibt weiter anhängig. Der Prozeß wird auch nicht als ganzer sistiert, wie im Fall des Verfahrensstillstandes infolge von Unterbrechung, Aussetzung und Ruhen des Verfahrens. Die Parteien sind deshalb nicht gehindert, Handlungen, die wirksam außerhalb einer mündlichen Verhandlung erfolgen können, vorzunehmen. Die Sistierung des Vorb.verf.s bedeutet lediglich, daß das Vorb. verf. durch den ER. nicht fortgeführt werden darf. Der ER. ist einstweilen gehindert, sowohl das Vorb.verf. weiterzuführen wie zu beenden. Er darf deshalb weder Termin zur mündlichen Verhandlung noch zur Beweisaufnahme abhalten. Bereits angesetzte Termine sind aufzuheben. Der ER. hat also seine Tätigkeit, soweit es sich nicht um Prozeßleitungshandlungen, die aus Anlaß der Sistierung notwendig werden (wie die Absetzung eines Termins), oder um unaufschiebbare Geschäfte handelt (wie etwa eine Beweissicherung) einstweilen einzustellen und die Entscheidung des Kollegiums über die Vhs.-reife abzuwerten, die vom Vorsi. alsbald herbeizuführen ist. Die Sistierungswirkung des Widerspruchs des Vorsi. gegenüber der Ansicht des ER.s über die Vhs.-reife entfällt natürlich, wenn sich die Meinungsverschiedenheit zwischen Vorsitzendem und ER. erst herausstellt, nachdem der ER. bereits das Vorb.verf. wirksam beendet hat. Daß der ER. wirksam abschließen kann, wenn der Vorsi. dem nicht widersprochen hat, bedarf nach den früheren Ausführungen keiner weiteren Begründung. Es sei nur darauf hingewiesen, daß sich in der Praxis in vielen Fällen erst in dieser Situation die Meinungsverschiedenheit zeigen wird. Ergeht die Entscheidung des Kollegiums aber alsdann unmittelbar, so läßt sich die Überleitungsfrage auch jetzt noch befriedigend lösen[152]). Aus dem Argument, daß in diesem Zeitpunkt eine Meinungsverschiedenheit zwischen Vorsi. und ER. über die Vhs.-reife, genau gesehen, gar nicht mehr möglich sei, da nach Abschluß des Vorb.verf.s ein „Einzelrichter" nicht mehr existiere, darf deshalb die Unzulässigkeit einer Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 nov. ZPO. in diesem Zeitpunkt des Verf.s, keinesfalls gefolgert werden. Bei der Auslegung ist der Zweck

[152]) Da vorläufige Entscheidungen über die Vhs.-reife unzulässig sind, kann der Vorsi. in diesem Fall auch n i c h t nach § 348 ZPO. ein n e u e s Vorb.verf. anordnen.

der Bestimmung zu berücksichtigen: nämlich die möglichste Sicherstellung der Überleitung des Verfahrens in angemessenem Zeitpunkt. Dieser aber würde durch eine Beschränkung der Zulässigkeit der Kollegialentscheidung aus formalen Gründen in erheblicher Weise vereitelt werden.

Der Standpunkt, wonach weder der ER. noch der Vorsi., nachdem der Überleitungskonflikt in Erscheinung getreten ist, seine besondere Vhs.-reifeansicht vorläufig zur rechtlichen Geltung zu bringen vermag, bedeutet im praktischen Ergebnis, daß der Zwischenzustand vom Hervortreten der Meinungsverschiedenheit bis zum Kollegialbeschluß über die Vhs.-reife entsprechend der Ansicht desjenigen Richters — sei es des ER.s oder des Vorsi. — geordnet ist, welcher das Vorb.verf. abgeschlossen sehen will. Denn wenn dieser auch das Verf. v.d.ER. als solches nicht vorläufig beseitigen kann, so erreicht er doch, daß weitere Vorbereitungshandlungen bis zum Erlaß des Kollegialbeschlusses unterbleiben. Nach dem Gedanken dieser Regelung gebührt mithin, und wohl mit Recht, dem Interesse an Vermeidung überflüssiger prozessualer Tätigkeit der Vorzug vor der Chance, das Verfahren rascher zu Ende zu bringen.

§ 13.

Die Wirkungen der Kollegialentscheidungen über die Verhandlungsreife.

Was nun die Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife selber betrifft, so ergibt sich folgendes Bild:

A. Tritt die Meinungsverschiedenheit über die Vhs.-reife hervor, während das Vorb.verf. noch anhängig ist, so kann die herbeizuführende Kollegialentscheidung (1.) die Fortsetzung der Vorbereitungstätigkeit verfügen. Der ER. ist dann gehalten, das Vorb.verf. weiterzuführen. Entscheidet sich das Kollegium (2.) für die Verhandlungsreife des Prozesses, so beendigt der Kollegialbeschluß das noch schwebende Vorb.verf. Der ER. verliert seine Zuständigkeit zugleich mit dem den Abschluß des Vorb.verf.s verfügenden Beschluß des Mehrheitsgerichts und der Vorsitzende hat von Amts wegen Termin vor dem Mehrheitsgericht anzuberaumen.

B. Bei bereits abgeschlossenem Vorb.verf.[153]). kann das Mehrheitsgericht beschließen (1.), daß das Vorb.verf. wieder aufzunehmen ist. Einem solchen Beschluß, der weitere Vor-

[153]) Nicht ohne weiteres beendet wird das Vorb.verf. dadurch, daß der Rechtsstreit zu mündlicher Verhandlung und Entscheidung über die dem Kollegium vorbehaltenen prozessualen Fragen vor das Prozeßgericht gestellt wird. In diesem Fall besteht die Vorbereitungszuständigkeit

bereitungstätigkeit für erforderlich erklärt, kommt angesichts des bereits vollzogenen Abschlusses des Vorb. Verf.s die Bedeutung der Anordnung eines neuen Verf.s v.d.ER. zu[155]). Die Sache fällt mit einem solchen Beschluß des Mehrheitsgerichts ohne weiteres in die Zuständigkeit des ER.s zurück, und zwar ihres früheren ER.s. Die Bestimmung eines anderen ER.s durch den Vorsi. ist regelmäßig unzulässig, weil die Einheit der Vorbereitungsaufgabe einem sukzessiven Tätigwerden mehrerer ER. in derselben Sache entgegensteht. Bei bereits abgeschlossenem Vorb.verf. bestätigt die Kollegialentscheidung gegenteiligen Inhalts (4): den verfügten Abschluß des Vorb.verf.s als angemessen und lehnt die angeregte Neuanordnung eines Vorb.verf.s ab.

Über die Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 Nov. ZPO. läßt sich also sagen, daß diese unmittelbar ein Verf.v.d.ER. begründet oder beseitigt, die Fortsetzung eines noch nicht abgeschlossenen Vorbereitungsverfahrens verfügt oder auch einen bereits erfolgten Abschluß des Vorb.verf.s bestätigt. Die Wirkungen der Entscheidungen nach § 349 II 4 Nov. ZPO. sind somit verschiedenartige: sie sind prozessual-konstitutiver Natur, wofern sie ein Vorb.verf. begründen oder beseitigen. Die Gerichtsgewalt des ER.s, wie sie sich aus den §§ 348 ff. ZPO. ergibt, wird im Einzelfall hergestellt oder entzogen. Die Veränderung auf dem Gebiet des Prozeßrechts, auf deren

---

des ER.s während der Anhängigkeit des Verfahrens v. d. Prozeßgericht solange fort, als nicht durch prozessuales Endurteil des Prozeßgerichts der gesamte Rechtsstreit abgewiesen ist. Verwirft das Kollegium die prozessuale Einwendung, so bedarf es zur Fortsetzung der Vorbereitungstätigkeit einer Neubegründung des Vorb.verf.s also nicht. Die gegenteilige Ansicht ist mit dem Recht der Novelle 1924 schon wegen der Selbständigkeit des ER.s, der gegen seinen Willen ein abgeschlossenes Vorb. verf. nicht wieder aufzunehmen braucht, unvereinbar, verbietet sich aber auch für die Regelung der Novelle 1933. Wird nach Erlaß eines Zwischenurteils des Prozeßgerichts über eine prozessuale Frage die Vhs.-reife des Verfahrens zum Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit, so ergeht die herbeizuführende Entscheidung nach § 349 II 4 also gegenüber einem noch anhängigen Vorb.verf.

[155]) Der Fall unmittelbarer Anordnung des Vorbereitungsverfahrens durch das Prozeßgericht bei Meinungsverschiedenheit über die Verhandlungsreife zeigt, daß das Anordnungsrecht des Vorsitzenden nach § 348 nicht ein in dem Sinne ausschließliches ist, daß sich im Hinblick auf diese Bestimmung die Erstanordnung eines Vorbereitungsverfahrens durch das Prozeßgericht (nach mündlicher Verhandlung) verbietet, diese vielmehr auch nach dem Recht der Novelle 33 für zulässig zu halten ist und zwar, obgleich die Novelle 33 die diese Befugnis ausdrücklich vorsehende Bestimmung des E.s (§ 469 II) nicht übernommen hat und auch der — Meinungsverschiedenheit mit einem bereits bestellten ER. für die Stellungnahme des Prozeßgerichts zur Frage der Verhandlungsreife voraussetzende § 349 II 4 diesem Anordnungsrecht zunächst entgegenzustehen scheint.

Herbeiführung der Inhalt der Entsch. sich bezieht, wird nicht nur herzustellen angeordnet, sondern unmittelbar durch die Entsch. selber verwirklicht und vollzogen. Anders der Kollegialbeschluß, der die Fortsetzung des noch anhängigen Vorb. verf.s bezielt. Dieser vermag natürlich die Fortsetzung des Verf.s, die in einer bestimmten, regelmäßig auf längere Zeit sich erstreckenden richterlichen Tätigkeit liegt, nicht als solche zu realisieren. Er kann deshalb auch nicht konstitutiv sein im Sinn der üblichen Verwendung des Wortes. Will man diese Entscheidung näher charakterisieren, so ist die Frage, ob sie inhaltlich zutreffender als Tätigkeitsgebot oder als bloße Deklaration der negativen Vhs.-reife bestimmt wird, ob sie also mehr einer auf Leistung — oder auf Feststellung gehenden Entscheidung entspricht. Nach dem Schema der drei Entscheidungstypen, wie es sich in der Prozeßrechtslehre eingebürgert hat, um die Entscheidungen nach ihren Hauptfunktionen zu gliedern, wird man diese Entscheidung, die der Sache nach ein Gebot, den Prozeß in mehr oder minder bestimmter Weise zur Vhs.-reife zu fördern enthält, indessen nicht wohl als vorwiegend deklarativ ansehen können, es sei denn, daß als Ursprung des Gebotes an den ER. unmittelbar das Gesetz angesprochen würde, wonach der ER. im Vorb.verf. die Klagsachen bis zur Verhandlungsreife zu fördern hat. Richtiger erscheint die Auffassung, daß der Fortsetzungsbeschluß inhaltlich unmittelbar eine Leistung anbefiehlt: nämlich weitere Vorbereitungstätigkeit zu entfalten, und das insbesondere mit Rücksicht darauf, daß das Kollegium bei dieser Entscheidung als ein dem ER. in einer Frage der Prozeßleitung übergeordnetes Gericht spricht, daß es sich der Sache nach um eine innergerichtlich ergehende, aufsichtliche prozeßleitende Anweisung handelt. Diese gibt übrigens nicht nur dem ER. Fortsetzung der Vorbereitungstätigkeit auf, sondern enthält daneben auch ein an Vorsi., wie ER. gerichtetes Gebot, bei im wesentlichen unveränderter Prozeßlage es nicht erneut zur Kollegialentscheidung kommen zu lassen, mit Rücksicht darauf, daß das Entscheidungsverf. nach § 349 II 4 nov. ZPO. u. U. zu einer nicht unbeträchtlichen Unterbrechung des Vorb.-verf.s führt, der der Prozeß ohne Not nicht von Neuem ausgesetzt werden soll. — Ausschließlich feststellender Natur ist dagegen der Kollegialbeschluß, der den durch den ER. bereits vollzogenen Abschluß des Vorb.verf.s bestätigt. Diese Entscheidung hat keinerlei konstitutive Bedeutung, ebensowenig befiehlt sie unmittelbar etwas an.

Die Kollegialentscheidungen über die Vhs.-reife nach § 349 II 4 nov. ZPO. haben demnach die Bestimmung, die Ansicht des Prozeßgerichts über die Vhs.-reife nicht nur zu ermitteln, sondern erforderlichenfalls auch so weitgehend als möglich im Prozeß unmittelbar zur Geltung zu bringen.

§ 14.

Die Widerruflichkeit der Kollegialentscheidungen.

Die Entsch. über die Vhs.-reife ergeht in Ausübung einer entsprechenden innergerichtlichen Prozeßleitungsgewalt. Prozeßleitende Beschlüsse aber binden das Gericht grundsätzlich nicht, sondern sind in aller Regel widerruflich. Wie steht es in dieser Beziehung mit der Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife?

Widerruflichkeit ergibt sich jedenfalls nicht von vornherein schon daraus, daß die Vhs.-reife-Entsch. gerichtsintern ergeht und sich nicht an die Parteien wendet. Denn die Bestellung des ER.s durch den Vorsitzenden ist gleichfalls eine innergerichtlich ergehende Maßnahme und wird trotzdem bekanntlich überwiegend für unwiderruflich gehalten. Andererseits läßt sich aber auch nicht ohne weiteres von der Unwiderruflichkeit ausgehen etwa mit der Begründung: Beschlüsse über die Vhs.-reife beträfen Zuständigkeitsverhältnisse, die einer frei widerruflichen Regelung durch das Prozeßgericht nicht ausgesetzt sein dürfen. Wie unzutreffend und den tatsächlichen Bedürfnissen zuwiderlaufend diese Ansicht wäre, zeigt der folgende Fall: das Kollegium (3. Richter und Vorsi.) hat sich, sei es durch Anordnungs- oder Fortsetzungsbeschluß für Weiterführung der Vorbereitungstätigkeit entschieden. Nachträglich, jedoch noch bevor der ER. tätig geworden ist, schließt sich der 3. Richter der Rechtsauffassung des ER.s über die Sachentscheidung an. Bei Zugrundelegung dieser Rechtsansicht aber ist der Prozeß genügend vorbereitet. Was ist hier angesichts des Kollegialbeschlusses, der dem ER. weitere Vorbereitung zur Pflicht macht, zu tun? Die Voraussetzungen für die Herbeiführung einer neuen Kollegialentscheidung nach § 349 II 4 sind bei dieser Meinungskonstellation nicht gegeben. Die nach Erlaß der Kollegialentscheidung zwischen ER. und Vorsi. fortdauernde Meinungsverschiedenheit kann nicht ohne weiteres erneut Grundlage für eine Kollegialentscheidung sein. Ohne Zulassung der Widerruflichkeit des Kollegialbeschlusses wird hier also schwerlich auszukommen sein. Nur die Widerruflichkeit der Kollegialentscheidung ermöglicht es, das Vorb.verf. in Einklang zu bringen mit der im Kollegium zur Herrschaft gelangten und für die Entscheidung voraussichtlich maßgebend gewordenen Rechtsansicht. Da die Sicherstellung sinnvoller und widerspruchsloser Einfügung des Vorb.-verf.s in den Kollegialprozeß die spezifische Funktion des kollegialen Entscheidungsverfahrens über die Vhs.-reife ist, muß angenommen werden, daß die Widerruflichkeit der Kollegialentscheidung, deren es u. U. bedarf, um dieses Ziel zu erreichen, nicht ausgeschlossen sein soll. Andernfalls wäre die Rechtslage

die, daß das Ziel, das Vorb.verf. möglichst vollständig dem bevorstehenden kollegialen Abschlußverfahren einzupassen, bei Meinungsänderung eines Richters über die Verhandlungsreife nach dem auf Fortsetzung der Vorbereitung gehenden Kollegialbeschluß nur erreicht werden könnte, wenn es zufällig gerade der ER. oder Vorsi. ist, der sich mit dem beim Kollegialbeschluß überstimmten Vorsi. oder ER. in der Vhs.-reifeansicht nachträglich zusammenfindet, und der ER. nunmehr, ohne auf Widerspruch des Vorsi. zu stoßen, abschließen könnte[156]). Das an sich zufällige Ereignis, ob es einer der beiden primär mit dem Vorb.-verf. befaßten Richter ist, der seine Meinung wechselt oder das dritte Kollegialmitglied wäre dann ausschlaggebend dafür, ob das Vorb.verf. in Übereinstimmung mit der Ansicht des Kollegiums gehalten werden kann oder nicht. Da angenommen werden muß, daß das von der neuen Regelung in den Vordergrund gestellte Prinzip, eine dem Kollegialprozeß möglichst kongruente Abwicklung des Vorb.verf.s zu gewährleisten, auch konsequent durchgeführt ist, ist somit die Annahme begründet, daß ein Fortsetzung der Vorbereitungstätigkeit anordnender oder das Vorbereitungsverfahren erneuernder Kollegialbeschluß grundsätzlich widerruflich ist, das Prozeßgericht also von seiner Entscheidung abgehen kann, solange nicht der ER. in Ausführung desselben Vorbereitungstätigkeit entfaltet hat[157]).

Auch die das Vorb.verf. beendende oder weitere einzelrichterliche Vorbereitung für gegenstandslos erklärende Kollegialentscheidung dürfte widerruflich sein, solange ein Kollegialtermin nicht stattgefunden hat. Wie aber steht es, wenn das Kollegium erst, nachdem es die eigene gerichtliche Tätigkeit in der Sache aufgenommen hat, zur Ansicht kommt, der Prozeß sei noch, oder wieder vorbereitungsbedürftig; kann es auch in diesem Verfahrensstadium den Prozeß noch dem ER. zurückgeben? Für die Zulässigkeit erneuter Anordnung des Vorb.-verf.s ließe sich folgendes geltend machen: in dem wiederholt herangezogenen Fall, daß der ER. bereits wirksam abgeschlossen hat, wenn das Kollegium auf Widerspruch des Vorsi. hin feststellt, die Vhs.-reife ermangele noch, handle es sich ebenfalls um erneute Anordnung einzelrichterlicher Tätigkeit durch das Kollegium. Aber auch sachlich bedeute der nach Eintritt in die Verhandlung erlassene Beschluß nichts anderes

---

156) Daß es sich in diesem Fall, wenn auch nicht der Form nach, um einen W i d e r r u f der Kollegialentscheidung handelt, ist sicher.

157) Hält der dritte Richter infolge Änderung seiner Ansicht indessen die Beendigung eines b e r e i t s w e i t e r g e f ü h r t e n Verf.s v. d. ER. für zweckmäßig, so wird er dem Vorsi. davon Mitteilung machen, damit dieser bei Meinungsverschiedenheit mit dem ER. gemäß § 349 II 4 dem Prozeßgericht erneut Gelegenheit gibt, seinen Standpunkt durchzusetzen. Die neuerliche Entscheidung stellt sich aber dann nicht als „Widerruf" der früheren dar, da sie bei veränderter Prozeßlage ergeht.

als ein früher ergangener: Kritik an der Vhs.-reife-Entsch., die den Abschluß des Vorb.verf.s verfügt hat. Das Mehrheitsgericht erneuere auch im Fall der Anordnung nach Sachverhandlung zumindest in aller Regel die Zuständigkeit des ER.s deshalb, weil die Überleitung des Prozesses an das Kollegium zu Unrecht erfolgt ist, die Vhs.-reife dem Prozeß objektiv schon im Zeitpunkt der früheren Vhs.-reife-Entsch. gefehlt hat.

Überlegungen dieser Art werden jedoch schwerlich dem Sinn des Entscheidungsverfahrens über die Vhs.-reife gerecht. Angesichts der Tatsache, daß es mehr allzu überweisungsfreudige ER. gibt als solche, die die Vorbereitungstätigkeit über Gebühr ausdehnen, bezweckt die Zulassung der Kollegialentscheidung aus mancherlei Gründen nicht zuletzt vorzeitige Überweisungen durch den ER. auszuschalten. Sie will Gewähr dafür bieten, daß das Abschlußverf. nicht aufgenommen wird, bevor das Gericht dieses Verfahrensabschnittes abschließend und endgültig festgestellt hat, daß weitere Vorbereitungstätigkeit nicht mehr erforderlich sei. Um der Frage der Verhandlungsreife eine wohlerwogene und endgültige Erledigung vor Beginn der kollegialen Schlußverhandlung zu sichern, wird das Prozeßgericht mit der Vhs.-reife-Entsch. bemüht und dem Vorsi. die zeitraubende Beaufsichtigung des Vorb.verf.s zur Pflicht gemacht. Es soll dem Prozeß das Schicksal erspart bleiben, in bunter Folge und je nach Zeit und Neigung abwechselnd vor dem ER. und vor dem Prozeßgericht verhandelt zu werden, denn bei einer solchen Verfahrensgestaltung würde der Prozeß nicht nur Gefahr laufen, die meiste Zeit zwischen ER.- und Kollegialverhandlung unterwegs zu sein. Schwerer wiegt, daß die Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips, dieses wichtigsten Garanten richtiger Kognition sich vertieft, wenn der Prozeß so vorzeitig im Kollegium zur Verhandlung kommt, daß er, wenn man am Arbeitsteilungsprinzip zwischen ER. und Kollegium einigermaßen festhalten will, erneut ins Stadium mittelbarer Verhandlung versetzt werden muß, also ein „Durcheinander" der Tätigkeiten verschiedener Gerichtsorgane nicht vermieden wird. Die Möglichkeit, den Prozeß jederzeit wieder dem ER. zurückgeben zu können, würde auch der Neigung des Prozeßgerichts, sich selber der Sache anzunehmen, wenig förderlich sein, und der Vhs.-reife-Entsch. des Kollegiums würde ihr ganzer Ernst genommen, wenn das Prozeßgericht die Sache zunächst an sich ziehen und verhandeln könnte in der Voraussetzung, daß noch immer Zeit ist, gegebenenfalls eine neuerliche Tätigkeit des ER.s anzuordnen. Insbesondere aber wäre eine Zurückweisungsbefugnis nach Beginn der Verhandlung des Prozesses vor dem Kollegium mit dem Gedanken der tunlichst einen Verhandlung vor dem Prozeßgericht unvereinbar! Da das Urteil des Kollegiums auf Grund mündlicher Verhandlung nur ergehen kann, wenn

diese die letzte ist, würde bei Zurückverweisung eine nochmalige Befassung des Kollegiums mit dem Rechtsstreit unerläßlich sein. Es ist somit festzustellen, daß dem Recht der Novelle 1933 an einer ununterbrochenen Durchführung der Vorbereitungstätigkeit entscheidend gelegen ist und daß infolgedessen eine Erneuerung des Vorb.verf.s unstatthaft erscheint, wenn sich das Prozeßgericht nach Abschluß eines Vorb.-verf.s mit der Sachverhandlung bereits befaßt hat. Diese Auffassung schließt allerdings auch dann, wenn eine spätere Wendung des Prozesses im Kollegialverfahren diesen wieder vorbereitungsbedürftig macht, die Rückgabe des Rechtsstreits an den ER. aus. Aber abgesehen davon, daß es unschädlich erscheint, wenn in einem Ausnahmefall der Zugang zur einzelrichterlichen Vorbereitung verschlossen ist und das Prozeßgericht ausschließlich mit der Sache befaßt bleibt, ist diese Tatsache die unvermeidliche Konsequenz einer Regelung, die auf den Normalfall zugeschnitten ist, und deshalb davon auszugehen hat, daß angesichts der Aufsichtspflicht des Vorsi. und der Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife ein anzuerkennendes Interesse an der Befugnis, den Prozeß als vorbereitungsbedürftig dem ER. jederzeit zurückgeben zu können, nicht besteht[158]).

§ 15.

Das Weisungsrecht des Prozeßgerichts gegenüber dem Einzelrichter.

Für die Rechtsstellung des ER.s nach der Novelle 33 kommt weiter entscheidende Bedeutung zu der Frage, ob der ER. in seiner Vorbereitungstätigkeit von Weisungen abhängig ist oder nicht. Unzweifelhaft kommen bindende Weisungen nicht in Betracht von Seiten des Vorsitzenden als solchem. Ist der Vorsitzende nicht selber in einem Prozeß ER., so erschöpft sich seine Tätigkeit während des Vorb.verf.s darin, den Gang der einzelrichterlichen Vorbereitung unter dem Gesichtspunkt der Vhs.-reife des Prozesses zu verfolgen und u. U. die Entscheidung des Kollegiums nach § 349 II 4 nov. ZPO. herbeizuführen. Dagegen erscheint eine Befugnis des Kollegiums, dem ER. bindende Instruktionen zu erteilen, nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt. Entgegenstehen dürfte der Annahme einer Weisungsbefugnis des Mehrheitsgerichts aber jedenfalls nicht, daß die Vorbereitungsaufgabe auf den ER. zweifellos als eine in aller Regel von diesem selbständig wahrzunehmende Tätigkeit übertragen worden ist.

---

[158]) Dieses Ergebnis bestätigt E. § 469 II, wonach eine Anordnung des Vorb.verf.s durch das Prozeßgericht nach Beginn der Verhandlung vor der Kammer nur als Erstanordnung zugelassen ist. Auch wird es von der Begründung des E.s, S. 342 ausdrücklich als vom E. beabsichtigt erklärt.

Die Prüfung dieser Frage hat auszugehen von der Befugnis des Mehrheitsgerichts über die Vhs.-reife des Prozesses zu entscheiden, wenn zwischen Vorsi. und ER. Meinungsverschiedenheit über diese besteht. Dabei ist zu beachten, daß diese Bestimmung schon die Einleitung des Vorb.verf.s durch den Vorsi. in gewissem Sinn der Kontrolle des Kollegiums unterstellt. Denn dem vom Vorsi. unwiderruflich bestellten, die Durchführung des Vorbereitungsverfahrens ablehnenden ER. kann jederzeit, also auch von vornherein, durch einen Kollegialbeschluß der Prozeß entzogen werden mit der Begründung, die Durchführung eines Vorb.verf.s erübrige sich, da das Verfahren vermutlich in einem einzigen Kollegialtermin zu Ende verhandelt werden könne, die Vhs.-reife im Sinn des § 349 II also bereits vorliege. Da der ER. in Übereinstimmung mit dem Vorsi. jederzeit abschließen kann, kommt diese Möglichkeit dann in Betracht, wenn ER. und dritter Richter oder dieser und der Vorsitzende (letzterer infolge Änderung seiner Ansicht) das Verf. für schlußverhandlungsreif halten.

Ist das Prozeßgericht aber in der Lage, das Vorb.verf. schon von vornherein zu beenden, so ist der Gedanke, daß das Kollegium sich auch eine bestimmt geartete Tätigkeit vom ER. ausbedingen darf, naheliegend. Zur Klarstellung der Situation sei folgender Fall angeführt: Vorsi. und dritter Richter sind der Meinung, daß der ER. den Prozeß falsch instruiert, eine Reihe überflüssiger Beweiserhebungen vorzunehmen im Begriffe steht, während der Prozeß der Vorbereitung nach anderer Richtung hin bedürfte. In diesem Fall kann das Kollegium, um der Erhebung der überflüssigen Beweise entgegenzuwirken, nicht einfach den Prozeß dem ER. dadurch entziehen, daß es ihn für verhandlungreif erklärt, denn „verhandlungsreif" im maßgebenden objektiven Sinn des § 349 II 1, 2 nov. ZPO. ist er ja auch nach seiner eigenen Meinung noch nicht, sondern einzelrichterlicher Vorbereitung in anderer Richtung als der Vorbereitungsrichter meint, bedürftig. Bestände ein Weisungsrecht des Prozeßgerichts nicht, so bliebe dem Kollegium hier nur übrig abzuwarten, bis der ER. seine Tätigkeit abschließen wird und dann durch negativen Beschluß über die Vhs.-reife die Übernahme des Prozesses solange abzulehnen, bis die gewünschte Vorbereitung erfolgt ist, wobei es dem ER. aber frei stünde, auch in aller Zukunft bestimmte Vorbereitungshandlungen zu verweigern. Eine solche Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen ER. und Kollegium kann die Novelle 1933, die die Beschleunigung des Verf. fördern will, aber kaum beabsichtigt haben; vielmehr ist anzunehmen, daß dem Kollegium, welchem die positive und negative Entscheidung über die Vhs.-reife des Prozesses bei Meinungsverschiedenheit übertragen ist, mit dieser zugleich auch das Recht eingeräumt wurde, dem ER., insoweit als er zur Vorbereitung

der kollegialen Verhandlung und Entscheidung tätig wird, bindende Weisungen zu erteilen. Ohne Annahme einer Weisungsbefugnis wäre auch die negative Entscheidung des Kollegiums über die Vhs.-reife nahezu unwirksam. Sinnvoll ist diese nur dann wenn der Erklärung an den ER., daß das Kollegium noch weitere Vorbereitungstätigkeit in bestimmter Richtung für erforderlich hält, zugleich die Wirkung zukommt, daß der ER. sich der bekanntgegebenen, dem Beschluß zugrundeliegenden Auffassung des Mehrheitsgerichts anzuschließen hat. Die gegenteilige Ansicht würde, wie gezeigt, dem Prinzip nach zu einer dauernden Auseinandersetzung zwischen dem, bestimmte Vorbereitungshandlungen ablehnenden ER. und dem, den Abschluß des Vorb.verf.s deshalb nicht zulassenden Mehrheitsgericht führen. Ist der ER. aber, wie wir annehmen, an die einer negativen Entsch. über die Vhs.-reife zugrundeliegenden Weisungen des Kollegiums in Bezug auf seine einzelrichterliche Tätigkeit gebunden, so wird man auch allgemein während des Vorb.verf.s ein Weisungsrecht des Kollegiums anerkennen müssen. Hierfür spricht insbesondere auch folgende Überlegung: die Tätigkeit des Prozeßgerichts in der einzelrichterlich vorbereiteten Sache soll sich tunlichst auf eine Verhandlung des Prozesses beschränken. Erhebt der ER. die Beweise in der Hauptsache nicht bereits selber, so ist es zur Erreichung der angestrebten Konzentration des Kollegialverfahrens doch jedenfalls unentbehrlich, daß er in aller Regel die Beweisbeschlüsse über die dem Prozeßgericht vorbehaltenen Beweisaufnahmen erläßt[159]). Das aber ist, obwohl die Beweis-

---

[159]) Die Kollegialverhandlung mittels Ladung von Zeugen zur sofortigen Vernehmung durch das Prozeßgericht nach § 272 II Ziff. 4 PO. vorzubereiten, ist der ER. nicht befugt. Ebenso Püschel, a. a. O. S. 106. Stein-Jonas, Anm. 4 zu § 349; a. M. u. a. Sonnen, Das neue Zivilprozeßrecht. S. 118. — Das Verhältnis der vorterminlichen Vorbereitungspflicht des Vorsi. (nach dem E. ist diese Aufgabe nicht mehr an einen Beisitzer delegierbar E. §§ 236, 465) zum Vorb.verf. des ER.s, ist allerdings nicht ganz klar. Zweifellos ist wohl nur, daß der ER., auch wenn es nicht der Vorsi. ist, seinen ersten Termin mit den Bereitstellungsmaßnahmen vorbereiten kann. Denn kraft Gesetzes vereinigt der ER. als solcher in bestimmten gesetzlich festgelegten Grenzen die Befugnisse des Vorsi. und des Prozeßgerichts in sich. — Fraglich aber erscheint es, ob der ER. auch den Kollegialtermin mit den Maßnahmen des § 272b ZPO. vorbereiten kann. Liest man § 272 b ZPO., § 236 E. unbefangen, so scheinen die Bereitstellungsanordnungen nur vor der ersten mündlichen Verhandlung zulässig zu sein, da sie den Zweck verfolgen, die Erledigung des Rechtsstreits tunlichst in einer mündlichen Verhandlung zu ermöglichen. Und diese Beschränkung hat einen guten Sinn, weil dann, wenn die Parteien einmal mündlich verhandelt haben, Gelegenheit bestand, die Verhandlung auf beabsichtigte Anordnungen zu erstrecken, die Parteien zu ihnen Stellung nehmen zu lassen, also auf dieser Grundlage die prozeßleitenden Entscheidungen zu treffen, sodaß die Parteien nicht mit neuen außerterminlichen Anordnungen überrascht zu werden brauchen. Die Bereitstellungsanordnungen wirken auch keineswegs unbedingt prozeßbeschleunigend. Die Parteien sehen in ihrer Sache klarer, wenn die Zeugen auf Grund eines Beweisbeschlusses in die

beschlüsse des ER.s für das voll besetzte Gericht in keiner Weise bindend sind, doch wohl nur angängig[160]), und vor allem nur dann zweckmäßig, wenn der ER. Weisungen des Prozeßgerichts unterstellt ist, insoweit also als Funktionär des Kol-

nächste Verhandlung geladen werden als wenn eine Ladung ohne Beweisanordnung erfolgt und sind dann auch in der Lage, anstehende Termine intensiver zu nutzen als sonst. Die Beschränkung der Bereitstellungsanordnung auf die Vorbereitung des ersten Termins erscheint für den Kollegialprozeß weiter deshalb nahegelegt, weil es grundsätzlich bedenklich ist, den Vorsi. allein prozeßleitende Anordnungen treffen zu lassen, wenn einmal das vollbesetzte Gericht in der Sache verhandelt hat. — Teilt man diese von der herrschenden Lehre (Stein-Jonas II, 3 zu § 272 b ZPO. und Seuffert-Walsmann, Anm. 2) abweichende Ansicht, daß Zeugenladungen ohne Beweisbeschluß nach Eintritt in die Verhandlung unzulässig sind, so kann, wenn der ER. verhandelt hat, diese Maßnahme zur Vorbereitung des Kollegialtermins weder durch ihn, noch nach Beendigung des Vorb.verf.s im Wege der Anordnung durch den Vorsi. in Frage kommen.

Aber selbst, wenn entgegen dem hier vertretenen Standpunkt die Vorbereitung auch der späteren Termine durch Bereitstellungsanordnungen im allgemeinen an sich zulässig sein sollte, so folgt doch wohl aus dem Verhältnis des außerterminlichen Vorb.verf.s nach § 272 b ZPO. zum Vorb.verf. nach §§ 348 ff. ZPO., dessen Grundlage die mündliche Verhandlung ist, die sonach nur in den Mitteln verschieden sind, nicht aber in der Zweckbestimmung, die gemeinsam dahin geht, den Rechtsstreit vorzubereiten, damit er tunlichst in einer mündlichen Verhandlung erledigt wird — daß neben dem Verf. v. d. ER. das außerterminliche Vorb.verf. zwecks Vorbereitung der kollegialen Schlußverhandlung nicht Platz greifen kann. — Das Verf. v. d. ER. ist neben dem Bereitstellungsverfahren eingeführt worden, weil in größeren Kollegialprozessen der Haupttermin der sicheren Vorbereitung auf der Grundlage mündlicher Parteiverhandlung bedarf. Neben dem Vorb.verf. aber besteht kein Bedürfnis nach zusätzlichen außerterminlichen Anordnungen. Ist es doch gerade der Zweck der Vorbereitungsverhandlungen des ER.s, den Rechtsstreit in engem Einvernehmen mit dem Prozeßgericht schon so weit zu konkretisieren, daß sehr wohl und mit Erfolg Beweisbeschlüsse vom ER. erlassen werden können. Auch die Parteien, die vielleicht wiederholt vor dem ER. vorbereitende Verhandlungen durchzuführen genötigt waren, haben wohl einen Anspruch darauf, daß richterliche Vorbereitungshandlungen von so unbestimmter Art, wie Zeugenladungen ohne Beweisbeschluß es sind, unterbleiben.

Daß nach Abschluß des Vorb.verf.s auch der Vorsitzende nicht Zeugen vor das Prozeßgericht laden kann, ergibt sich daraus, daß die im oder gegenüber dem Vorb.verf. ergehende Vhs.-reife-Entsch., die nicht vom Vorsi. als solchem, sondern vom ER. oder vom Prozeßgericht getroffen wird, präjudiziert, weiteres zur Vorbereitung des kollegialen Schlußtermins zu unternehmen. — Sonach hat der ER. nur die Pflicht, seinen ersten Termin durch Bereitstellungsanordnungen vorzubereiten (eine konkurrierende Zuständigkeit des Vorsi. hierzu besteht nicht. Anders Lent, Das neue Zivilprozeßrecht. Sonderheft der Rhein. Z. 1924, S. 84). Denn das außerterminliche Vorb.verf. ist mit dem einzelrichterlichen nur insoweit unvereinbar, als es unmittelbar für die kollegiale Endverhandlung zur Anwendung kommen soll. Daß Zeugenladungen ohne Beweisbeschluß in der Praxis allzu sehr überhand nehmen, wird durch die Tatsache verhindert, daß dieselben nicht von Vorschußleistungen abhängig gemacht werden können. ZPO. §§ 379, 401. Bis jetzt wird der richterlichen Befugnis nach § 272 b II Ziff. 4 denn auch ein maßvoller Gebrauch bezeugt.

[160]) Im Recht d. Nov. 24 ist die Befugnis, Beweise anzuordnen, deren Erhebung aber dem Kollegium vorzubehalten — dem ER. daher auch mit gutem Grund bestritten worden, vergl. etwa Stein-Jonas zu § 349 IV.

legiums handelt. Mit der Anerkennung eines Weisungsrechts des Prozeßgerichts gegenüber dem ER. wird schließlich keineswegs ein fremdes Moment in die Regelung des Vorb.verf.s hineingetragen. Denn im Grund zeigt schon die Zuweisung der endgültigen Entscheidung über die äußeren Vorgänge des Abschlusses bezw. der Fortsetzung des einzelrichterlichen Verfahrens an das Kollegium und deren Sicherung durch Aufstellung einer Informationspflicht des Vorsi. bei dem unzweifelhaften direkten Einfluß dieser Entscheidungen auf die inhaltliche Gestaltung der Vorbereitungstätigkeit, daß das neue Recht letzten Endes die Verantwortlichkeit für den Erfolg des Vorb.verf.s des ER.s in nicht unerheblichem Maße dem Mehrheitsgericht auferlegt. Durchaus im Rahmen dieser Regelung aber bewegt es sich, wenn auch Abhängigkeit des ER.s von Weisungen des Prozeßgerichts über die inhaltliche Ausgestaltung der Vorbereitungstätigkeit besteht. Gerichtsintern im Verhältnis zum Prozeßgericht erscheint alsdann die Rechtsstellung des ER.s derjenigen des beauftragten Richters angenähert. Hingegen unterscheidet sich auch der weisungsunterworfene ER. vom Richterkommissar auf's Deutlichste in seiner Stellung gegenüber den Parteien, insbesondere darin, daß das Abhilfeverfahren zum Prozeßgericht gegenüber seinen Entscheidungen nicht eröffnet ist.

§ 16.

Die Grenzen der Weisungsbefugnis

Die Grenzen der Weisungsbefugnis

Für die Regelung der Novelle 1933 ist also kennzeichnend, daß der ER. in Bezug auf seine Vorbereitungstätigkeit im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit dem Vorsi. gegenüber dem Mehrheitsgericht unselbständig ist. Das Kollegium beschließt letzten Endes maßgeblich über die Vhs.-reife des Prozesses und seine Weisungen sind für die Vorbereitungstätigkeit des ER.s bindend. Andererseits aber findet die Unselbständigkeit des ER.s gegenüber dem Mehrheitsgericht wieder darin ihre Grenze, daß es letzterem verwehrt ist, weitere einzelrichterliche Vorbereitungen anzuordnen, wenn die Sache einmal das vorbereitende Verfahren verlassen hat und vom Kollegium verhandelt worden ist. Die Grenzen der Abhängigkeit des ER.s vom Kollegium sind in Bezug auf das Weisungsrecht des Mehrheitsgerichts nunmehr noch genauer festzustellen.

Befugnis des Prozeßgerichts, dem ER. Weisungen für die Behandlung des Prozeßstoffs zu erteilen, besteht nur insoweit, als dieser Vorbereitungsrichter im eigentlichen Sinn des Wortes ist, insoweit er also Verhandlung und Urteil des Mehrheitsgerichts vorbereitet. Da das Vorb.verf. seiner Idee

nach dieser Aufgabe dient und die gesetzliche Gestaltung der Zuständigkeit des ER.s nur in verhältnismäßig seltenen Fällen dahin führt, daß der ER. in die Lage kommt, ein eigenes Urteil vorzubereiten[161]), ist die Tätigkeit, die der ER. entfaltet, also in aller Regel eine solche, die weisungsunterworfen ist[162]).

Die Weisungsgebundenheit des ER.s kommt praktisch vor allem darin zum Ausdruck, daß das Mehrheitsgericht dem ER. bindende Instruktionen über Erhebung oder Nichterhebung von Beweisen erteilen kann. Denn derartige Weisungen bezwecken das Vorb.verf. im Einzelfall so zu gestalten, daß es in Wahrheit den Prozeß in den Punkten und mit den Beweismitteln vorbereitet, die dem abschließend urteilenden Kollegium erheblich erscheinen. Deshalb ist auch nicht anzunehmen, daß für die sachgemäße Erledigung der Vorbereitungsaufgabe dem ER. nur allgemeine Weisungen erteilt werden könnten: etwa des Inhalts, das Mehrheitsgericht qualifiziere einen als Klaggrund vorgetragenen Vertrag rechtlich in der oder jener Weise, und es seien im Hinblick hierauf die Beweise zu erheben. Das Einzelrichterverfahren will der beschleunigten Prozeßerledigung dienen. Das aber läßt sich nur erreichen, wenn es möglichst weitgehend und gerade auch in Einzelheiten den Intentionen des Kollegiums entspricht. Es soll erreicht werden, daß das Vorb.verf. sich von allem Anfang an möglichst vollständig auf die Meinung des urteilenden Kollegialgerichts einstelle, daß Widersprüche und unnütze Prozeßhandlungen im Vorb.verf. vermieden werden, kurz, daß die Vorbereitung sich möglichst nicht anders abwickelt als sie bei voller Unmittelbarkeit des Verfahrens vor dem Mehrheitsgericht erfolgt wäre. Die Vorbereitung soll sich auch als Gegenstand eines besonderen Verfahrens dem Gang des Prozesses natürlich und ungezwungen einfügen. Dazu ist aber erforderlich, daß das Kollegium dem ER. durch Weisungen die Erhebung ebenso wie die Nichterhebung bestimmter angebotener Beweise zur Pflicht machen kann. Daß auf diese Weise auch die Fürsorge für die erforderliche Unmittelbarkeit bestimmter Beweisaufnahmen in weitem Umfang dem Kollegium anheim gegeben wurde, ist schon früher festgestellt worden. Der ER. ist also, sofern er weisungsunterworfen ist, beim Erlaß von Beweisbe-

---

[161]) Darüber, ob dies im Einzelfall zutrifft, ist angesichts der Ermächtigungszuständigkeit des ER.s nach § 349 III allerdings nicht immer die wünschenswerte Gewißheit verbürgt.

[162]) Übrigens handelt der ER. auch dann weisungsgebunden, wenn er die Entscheidungen des Kollegiums über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder die Einrede des Schiedsvertrags vorbereitet. Daß einzelrichterliche Vorbereitung in diesen Fällen geboten und zulässig ist, wenn zu erwarten steht, daß das Urteil sonst nicht nach einer einzigen Kollegialverhandlung wird ergehen können, läßt sich wohl analog aus § 349 II entnehmen und die Bestellung des ER.s zur Hauptsache durch den Vorsi. ist dann wohl zugleich als zur Vorbereitung der Prozeßentscheidung erfolgt, anzusehen. Die Vorbereitung untersteht auch dem Entscheidungsverfahren über die Vhs.-reife.

schlüssen nicht in jedem Fall selbstverantwortlicher Richter, sondern u. U. Ausführungsorgan des Mehrheitsgerichts, obwohl er andererseits während des Vorb.verf.s das ausschließlich zuständige Gericht, Beweisbeschlüsse zu erlassen, ist. Er ist gehalten, die während des Vorb.verf.s ausschließlich in seiner Person bestehende Gerichtsgewalt zum Erlaß von Beweisbeschlüssen den Weisungen des Kollegiums entsprechend auszuüben. Der ER. hat demgemäß auch bereits von ihm erlassene Beweisbeschlüsse auf Weisung hin aufzuheben, denn auch eine aufhebende Entscheidung ist dem Kollegium während des Vorb.verf.s versagt.

Die Bindung des ER.s an Weisungen berührt aber — wie schon bemerkt — nicht die Selbständigkeit der gerichtsorganisatorischen, äußeren Stellung des ER.s. Für die Parteien existiert sie nicht, der ER. wird nicht zum beauftragten Richter. Andererseits bleibt aber auch intern, gegenüber dem Kollegium, in gewissem Umfang die Selbständigkeit des ER.s gewahrt. Der ER. hat nämlich als selbstverantwortlicher Richter für die Rechtmäßigkeit seiner Vorbereitungshandlungen Sorge zu tragen und darf Kollegialanordnungen, die im Interesse zweckmäßiger Gestaltung der Vorbereitungstätigkeit getroffen worden, nur insoweit durchführen als er nicht im Einzelfall rechtliche Hinderungsgründe für gegeben ansieht. So hat der ER. z. B. alleinverantwortlich über die Frage der Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung oder der Zulässigkeit einer an den Zeugen gestellten Frage zu entscheiden. Weisungen des Prozeßgerichts in Bezug auf derartige Entscheidungen wären wirkungslos. Denn das Instruktionsrecht des Kollegiums kann nur insoweit bestehen, als die Weisungen innerhalb des nach Ansicht des ER.s rechtlich Zulässigen ergehen, und in diesem Rahmen die zweckmäßige und ergiebige Gestaltung des Vorb.verf.s im Hinblick auf das anstehende Kollegialurteil bezwecken. Daraus folgt, daß der ER. auch bei Entscheidungen über die prozeßleitenden Maßnahmen der Trennung, Verbindung, Beschränkung der Verhandlung und Aussetzung — die ihm vom E. ausdrücklich in § 470 I Ziff. 1 überlassen worden sind — soweit es sich um Ermessensfragen handelt, grundsätzlich Kollegialanweisungen untersteht. Da diese prozeßleitenden Anordnungen dazu bestimmt sind, einen „zweckfördernden Verlauf des Verfahrens durch Gliederung des Streitstoffs, Verbindung des Zusammengehörigen und Trennung des Beziehungslosen" (Rosenberg) zu gewährleisten, besteht Interesse, schon von vornherein das Gericht der Endentscheidung zu Wort kommen zu lassen. Bei Meinungsverschiedenheit über die Zweckmäßigkeit derartiger prozeßleitender Anordnungen ist das Kollegium sonach nicht darauf angewiesen, bis zur Rückleitung des Prozesses in das Abschlußverfahren den Rechtsstreit in derjenigen Gestalt anzuerkennen,

den der ER. ihm geben will, oder bereits gegeben hat, sondern kann durch bindende Weisungen auf die nähere gerichtliche Präzisierung des Verhandlungsgegenstands oder die Bestimmung der Zeit des Verfahrens Einfluß nehmen, wofern der ER. nur nicht in der Zulässigkeitsfrage einen vom Prozeßgericht abweichenden Standpunkt einnimmt. Nur in einem Falle, nämlich bei Anordnung abgesonderter Verhandlung und Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung dürfte der ER. für weisungsfrei zu erklären sein, obwohl es sich an sich um eine Frage zweckmäßiger Verfahrensgliederung handelt. Denn bei dieser Entscheidung, die nach § 349 I 2 eine Urteilszuständigkeit des ER.s begründet, tritt hinter dieser einschneidenden Wirkung der prozeßleitenden Maßnahme der Gesichtspunkt ihrer Tragweite für die zweckmäßige Gestaltung des Verfahrens an Bedeutung zurück.

Im Hinblick auf die Regelung, wonach der ER. in bestimmten Grenzen insoweit weisungsunterworfen ist als er ein Urteil des Prozeßgerichts vorbereitet, ist schließlich noch die Frage zu behandeln, ob der ER. als urteilender Richter an die Ergebnisse einer Vorbereitungstätigkeit gebunden sein kann, die in Erwartung bevorstehender Kollegialentscheidung durch Weisungen des Mehrheitsgerichts bestimmt worden ist.

Für die Urteile des ER.s nach § 349 I Ziff. 3 E., § 470 I Ziff. 4 können Kollegialweisungen nicht ursächlich werden. Und das gleiche gilt für die Versäumnisurteile, bei denen eine Einwirkung auf die Urteilsgrundlage durch Kollegialweisungen ebenfalls undenkbar ist. Anders verhalten sich die Aktenlageentscheidungen, zu denen der ER. nach § 349 I Ziff. 4/5 teils verpflichtet, teils nur ermächtigt wurde — zu den Ergebnissen der Vorbereitungstätigkeit, da bei ihnen der Inhalt der früheren mündlichen Verhandlung sowie der gesamte erhebliche Akten· inhalt Entscheidungsgrundlage ist. Hier ist es nicht unwesentlich, ob der ER., wenn der Prozeß bei Zugrundelegung der Kollegialansicht offenbar entscheidungsreif ist, die Urteilsreife deshalb verneinen kann, weil bei Berücksichtigung seiner abweichenden eigenen Rechtsauffassung diese noch nicht vorliegt. Da dem ER. die Aktenlageentscheidung, wenn er die Urteilsreife für gegeben ansieht, im Falle der Säumnis einer Partei auf Antrag zur Pflicht gemacht ist, ist die Frage von praktischer Bedeutung. Man wird sagen müssen: Es ist allenfalls denkbar, und entzieht den Obliegenheiten des einzelrichterlichen Aufgabenkreises nicht die Eigenschaft als Gegenstände richterlicher Tätigkeit, wenn in den Grenzen dessen, was der ER. für rechtlich zulässig hält, das Kollegium u. U. darüber befindet, wie der Rechtsstreit am zweckmäßigsten vorzubereiten ist, wenn die Verantwortung für die zweckentsprechende Gestaltung des Vorb.verf.s vom Mehrheitsgericht getragen wird als dem Gericht, dessen Entscheidung die einzelrichter-

lichen Handlungen vorzubereiten bestimmt sind. Dagegen würde es dem Begriff des Richteramts, demzufolge alle Urteilsfindung unter ausschließlicher und unbeschränkter Verantwortung des erkennenden Richters zu erfolgen hat, zuwiderlaufen, und wäre in jeder Hinsicht beispiellos, wollte man den ER. bei der Aktenlageentscheidung zur Übernahme von Urteilsgrundlagen zwingen, die er persönlich nicht anzuerkennen vermag. Dem ER. zuzumuten, durch Unterschrift die Verantwortung für ein von ihm mißbilligtes fremdes Urteil zu übernehmen, geht nicht an. Gelangt der ER. zur Überzeugung, daß der Prozeß bei Zugrundelegung seiner persönlichen, von derjenigen der übrigen Gerichtsmitglieder abweichenden Rechtsauffassung noch nicht hinreichend geklärt ist, so muß er mithin den Antrag der erschienenen Partei auf Erlaß eines Aktenlageurteils ablehnen können mit der Begründung, für ein von ihm zu fällendes Urteil fehle es noch an der Entscheidungsreife des Prozesses.

§ 17.

II. Die Verhandlungsreifeentscheidung im präsidialen Vorbereitungsverfahren

Die Gesetzgebung von 1924 hat die Rechtsstellung des ER.s ohne Rücksicht darauf, ob der Vorsi. oder ein anderes Mitglied des Prozeßgerichts Vorbereitungsrichter ist, einheitlich geregelt. Dagegen nimmt die Novelle 1933 in gewissem Sinn einen anderen Standpunkt ein. Nach § 349 II 4 nov. ZPO. entscheidet das Mehrheitsgericht nur bei Meinungsverschiedenheiten über die Vhs.-reife zwischen ER. und Vorsi. Der Vorsi. als ER. ist in der wichtigen Entsch. über die Vhs.-reife mithin nicht unmittelbar dem Mehrheitsgericht unterstellt. Dann kann aber auch das aus der Befugnis zur Vhs.-reife-Entsch. hergeleitete Weisungsrecht des Mehrheitsgerichts ihm gegenüber nicht bestehen. Der Vorsi. ist im Gegensatz zu den Beisitzern unkontrollierter ER.

Diese Regelung, die das Verhältnis des ER.s zum Mehrheitsgericht nicht in allen Fällen gleichmäßig ordnet, sondern das System des beaufsichtigten ER.s mit dem eines nicht beaufsichtigten Vorbereitungsrichters kombiniert, muß unzweifelhaft zunächst überraschen, wenn man bedenkt, daß die Einführung der kollegialen Vhs.-reife-Entsch. durch die Novelle 1933 eine tiefgreifende Neuerung bedeutet, es eine Ergänzung der alten Regelung in einem gewiß zentralen Punkte darstellt, wenn nunmehr fortwährender Konnex zwischen Vorbereitungsrichter und Entscheidungsgericht auf's Deutlichste vom Prozeßrecht gefordert und sichergestellt wird. Bedarf es aber aus grundsätzlichen Erwägungen einer Brücke zwischen Vorbereitungs- und Entscheidungsgericht, so scheint es zu-

nächst nicht recht ersichtlich, warum wohl im Einzelrichterverfahren des Vorsi. diese Garantien für ein einträchtiges Zusammenwirken des Vorbereitungs- und Entscheidungsgerichts sollten entbehrt werden können; warum das Kollegium nicht in der Lage ist, den Vorsi. als ER. daran zu hindern, in einem nach Ansicht der beiden anderen Richter verhandlungsreifen Prozeß die Vorbereitungstätigkeit fortzusetzen. Die Gefahr eigenmächtiger Gestaltung des Vorb.verf.s ist doch natürlich auch beim Vorsi. nicht völlig ausgeschlossen und eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Prozeßgericht und dem Vorsi. als ER. um nichts weniger unerfreulich als eine solche mit dem nichtpräsidialen ER.

Entscheidend für die Gesetzgebung war wohl in erster Linie die Erwägung, daß sich das Vorb.verf. des Vorsi. aus äußeren Gründen nicht gut als kontrolliertes durchführen läßt. Ist der Vorsi. des Kollegiums nicht in eigener Person ER., so ist er auf's Beste geeignet, vermöge seiner Stellung als Vorsi. des Gerichts, sowohl das Vorb.verf. zu beaufsichtigen, als auch gegebenenfalls Kollegialentscheidung einzuholen. Wer aber sollte das Vorb.verf. beaufsichtigen, wenn der Vorsi. selber ER. ist? Jedenfalls fehlt es dann an einem Richter, der schon vermöge seiner allgemeinen Stellung im Gericht zur Übernahme dieser Aufsichtstätigkeit geeignet erscheint. Aus solchen Erwägungen lag es nahe, auf die regelmäßige Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Vorbereitungshandlungen des ER.s durch einen weiteren Richter des Prozeßgerichts zu verzichten, wenn der Vorsi. selber ER. ist. Es kommt hinzu, daß der Vorsi. des Mehrheitsgerichts in gewisser Weise als Repräsentant und Kenner der Kollegialtradition gelten kann und deshalb von ihm erwartet werden darf, daß er bei seiner Vorbereitungstätigkeit von selbst und in besonderem Maße als Kollegialorgan handeln wird[163]). Sind aus diesem Grunde ernstliche Spannungen zwischen Vorbereitungs- und Abschlußverfahren nicht zu besorgen, so brauchte auch ein Verf. zur Beilegung solcher Konflikte, zur künstlichen Herstellung des Kontaktes zwischen ER. und Prozeßgericht nicht vorgesehen werden.

Vom Ausgangspunkt dieser gesetzgeberischen Auffassung ergeben sich für die Rechtsstellung des Vorsi. als ER. nach dem neuen Recht zugleich aber die folgenden Konsequenzen: Aus der Tatsache, daß der Vorsi. als ER. nicht einem Kontrollverfahren unterstellt worden ist, sowie daraus, daß sein Vorb.-

---

[163]) Für die das Instruktionsverfahren zum Teil schon wegen der Laienbeteiligung bei der Besetzung der Spruchkörper — nur als präsidiales kennenden Schweizer Kantonalrechte existiert darum auch die Frage der rechtzeitigen Überleitung des Prozesses in das Abschlußverf. nicht, die erst mit dem Übergang vom präsidialen zum allgemeinen ER.-Institut ein entscheidendes gesetzgeberisches Problem wird.

verf. nicht der Kollegialentscheidung über die Vhs.-reife unterliegt, folgt keineswegs, daß er auch gegen die ihm bekannte Kollegialansicht handeln und Vorbereitungstätigkeit entfalten dürfte, die sich vom Standpunkt der Rechts- oder Tatsachenauffassung des Kollegiums aus erübrigt. Die neue Regelung will den Vorsi. nicht zu einem gegenüber dem Prozeßgericht souveränen ER. machen, vielmehr gilt für den Vorsi. als ER. nicht weniger als für die Beisitzer des Gerichts der § 349 II 4 nov. ZPO. zugrundeliegende Rechtsgedanke, wonach das Vorb.verf. vollends nach der Ansicht des urteilenden Gerichts einzurichten ist. Wenn die Novelle 1933 aus äußeren Gründen, und weil sie das für entbehrlich hielt, diesen Rechtssatz gegenüber dem präsidialen ER. nicht durch ein Kontrollverfahren und die Statuierung der Maßgeblichkeit von Kollegialentscheidungen ausdrücklich sanktioniert hat, und es auf diese Weise dem Vorsi. nicht unmittelbar verwehrt worden ist, nach eigenem Ermessen, entgegen der Ansicht der Kollegialmehrheit Vorbereitungstätigkeit zu entfalten, so sind damit für den Vorsi. als ER. doch keineswegs besondere Verhaltungsgrundsätze und Rechte anerkannt worden, sondern die Lage ist vielmehr die: Während die Beisitzer des Kollegiums als ER. nicht nur gehalten sind, der Kollegialansicht Folge zu leisten, sondern ihr Vorb.verf. auch ohne weiteres durch Kollegialbeschlüsse in Übereinstimmung mit der Auffassung des Mehrheitsgerichts gebracht werden kann, sie also gegen die Meinung des Prozeßgerichts nicht nur nicht handeln dürfen, sondern zumeist auch garnicht handeln können — ist der Vorsi. als ER. nicht ohne weiteres daran zu hindern, ein vom Prozeßgericht mißbilligtes Vorbereitungsprogramm durchzuführen. Wohl aber ist es auch ihm zur Rechtspflicht gemacht worden, mit all seinen Vorbereitungsakten sorgfältigst in Einklang zu bleiben mit der Auffassung des urteilenden Gerichts. Aus § 349 II 4 nov. ZPO. in dem das Postulat, daß das Vorb.verf. in jeder Weise dem Abschlußverfahren zweckdienlich sein soll, zur positiv-rechtlich fixierten Maxime für jegliche Einzelrichtertätigkeit geworden ist, — ergibt sich für den Vorsi. die Rechtspflicht, auf die Wahrung der Kongruenz zwischen Vorb.verf. und Kollegialauffassung mit allen Kräften bedacht zu sein und Kollegialentscheidung über Dauer und Inhalt des Vorb.verf.s immer dann einzuholen, wenn er in Zweifel darüber gerät, ob seine Vorbereitungshandlungen von der Mehrheit des urteilszuständigen Gerichts noch gebilligt werden. Der Vorsi. als ER. hat die Kollegialmeinung in allen zweifelhaften Fällen von selbst zu erforschen. Die Wirksamkeit der solchermaßen herbeigeführten Kollegialbeschlüsse ist allerdings in keinem Fall eine sich ohne weiteres unmittelbar im Verfahren auswirkende. Infolgedessen beendet ein Kollegialbeschluß, der sich für Vhs.-reife entscheidet, nicht ohne weiteres zugleich das

Vorb.verf., sondern es bedarf hierzu noch der tatsächlichen Beendigung der Instruktion durch den ER.

Für die Beurteilung der Rechtsstellung des Vorsi. als ER. ist also entscheidend, daß dem Gedanken, welcher der Regelung des § 349 II 4 zugrunde liegt, dem Gebot an den ER., in möglichst enger Fühlung mit dem Kollegium tätig zu werden, auch so weit, als ihm eine besondere Sanktion in Gestalt der Vhs.-reife-Entsch.-Befugnis des Kollegiums nicht zuteil wurde, Geltung zukommen kann und muß.

§ 18.

III. Die Verhandlungsreifeentscheidung und die Prozeßparteien.

Die Rechtsstellung der Parteien gegenüber den Entscheidungen über die Vhs.-reife ist schon mehrfach gestreift worden. Hier sei zusammenfassend bemerkt:

Das ER.-Institut, so wichtig es für die Prozeßbehandlung auch ist, eröffnet den Parteien Einwirkung darauf, ob ein Vorb.verf. überhaupt durchgeführt wird, ebensowenig wie auf die Dauer eines angeordneten Vorb.verf.s[164]). Die Ausschaltung der Parteirechte auf diesem Gebiet der Verfahrensgestaltung[165]) erklärt sich daraus, daß die zentralen Rechtsbegriffe des ER.-Instituts: „Vorbereitungsbedürftigkeit", und deren Negation „Verhandlungsreife" diskretionärer Natur und für den innergerichtlichen Gebrauch bestimmt und allein geeignet sind.

---

[164]) In dieser Linie liegt es z. T. auch, daß die Parteien durch Ermächtigung des ER.s nach § 349 III ZPO. nicht gegen dessen Willen eine Rückleitung des Verfahrens an das vollbesetzte Gericht auszuschließen vermögen.

[165]) Ebenso Kann Die ZPO. S. 189 ff., 195. Püschel, S. 29, Rosenberg, § 110 II 3, § 150 II 2a. A. M. Sonnen, Das neue Zivil-Prozeßrecht S. 110, sowie Gruch. Beitr. 1925, S. 520, der eine Vhs.-reifebeschwerde an das Prozeßgericht nach § 576 ZPO. zuläßt. Für das Recht der Novelle 1933 steht Sonnens Ansicht entgegen, daß eine Entscheidung des Prozeßgerichts über die Vhs.-reife nur unter den Voraussetzungen des § 349 II 4 ZPO. zulässig ist. Otto, a. a. O. versagt den Parteien zwar ein Beschwerderecht nach § 576 als mit der gerichtsverfassungsmäßigen Stellung des Richters unvereinbar; gibt den Parteien aber bei Ablehnung eines auf Abgabe der angeblich entscheidungsreifen Sache ans Kollegium gehenden Gesuches die Beschwerde an das OLG. nach § 567 ZPO — eine Auffassung, der jedoch entgegensteht, daß das Berufungsgericht nicht in die Lage gebracht werden darf, in Gestalt seiner Beschwerdeentscheidung über die Vhs.-reife seine eigene Rechtsauffassung in der Sache in die Vorinstanz hineinzutragen.

Die Entsch. über die Vhs.-reife ist, wie Otto, S. 141 bemerkt, allerdings nicht lediglich eine Frage des juristischen Geschmackes, sondern eine Entscheidung über eine prozessuale Tatsache, die nachprüfbar ist. Nur übersieht Otto, daß die Nachprüfung nicht im Hinblick auf den objektiv zutreffenden Standpunkt erfolgen könnte, sondern vom Rechts- und Zweckmäßigkeitsstandpunkt des ER.s, bezw. des Prozeßgerichts auszugehen hätte.

Da sie auf der Grundlage des richterlichen Ermessens aufgebaut sind, können die Parteien ihre richtige Handhabung im Prozeß nicht nachprüfen. Etwaige Zweifel in der Frage des zweckmäßigsten Ineinandergreifens von einzelrichterlicher und kollegialer Tätigkeit sollen aus diesem Grunde jenseits der Sphäre der Parteirechte gelöst werden.

Da die Entsch.en nach § 349 II 4 nov. ZPO., wie auch sonst die Entsch. über die Vhs.-reife des Prozesses nicht auf Grund einer Verhandlung der Parteien ergehen, brauchen sie nicht nach § 329 I ZPO. verkündet zu werden. Desgleichen bedürfen sie der Zustellung nach § 329 III ZPO. zu ihrer Wirksamkeit nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sie die Vhs.-reife bejahen. Diese Entscheidungen sind gerichtsinterner Natur und sollen sofort wirksam werden, und nicht erst mit der Zustellung.

In vielen Fällen ist die Kenntnis der Beschlüsse über die Vhs.-reife für die Parteien auch ohne jede Bedeutung. Man denke z. B. an die Entscheidung des Prozeßgerichts, daß das Vorb.verf. fortzusetzen sei oder den Kollegialbeschluß, der ein Neuanordnung des Vorb.verf.s ablehnt. Diese Beschlüsse ändern an der bestehenden Verfahrenslage nichts.

Führt die Vhs.-reife-Entsch. zur Beseitigung des Verf. v. d. ER. oder nachdem bereits Termin im kollegialen Abschlußverfahren angesetzt worden ist, zu einer Wiederherstellung des Vorb.verf.s, so ist dem Interesse der Parteien aber vollauf genügt, wenn ihnen der neuerliche Verfahrensstand zugleich mit der nächsten Terminbestimmung bekannt gegeben wird. Dabei wird den Parteien die Tatsache, daß eine K o l l e g i a l entscheidung über die Vhs.-reife getroffen wurde, aber zweckmäßigerweise nicht unterbreitet, weil ihnen damit zugleich eröffnet würde, daß der Vorsitzende oder ER. eine von der gegenwärtigen verschiedene Behandlung des Prozesses für die richtigere gehalten haben und aller Wahrscheinlichkeit nach noch immer halten. Diese innergerichtlichen Meinungen über die Vhs.-reife gehen die Parteien aber ebensowenig etwas an wie die Frage, ob ein Urteil des Kollegiums einstimmig gefällt worden ist oder nicht.

Da die Vhs.-reife-Entsch. nach freiem Ermessen des Gerichts zu treffen ist, haben Parteianträge, welche auf Überleitung des Prozesses in das Abschlußverfahren oder auf weitere Fortsetzung des Vorb.verf.s gerichtet sind, keine Rechtswirkung. Sie kommen lediglich als unverbindliche Anregungen in Frage und die Ablehnung eines solchen Gesuchs ist nicht (nach § 567 I ZPO.) anfechtbar[166]).

[166]) a. M. O t t o, vergl. Anm. 165.

4. Kapitel.

Bewertung des Einzelrichter-Systems des Entwurfs 1931 und der Novelle 1933.

§ 19.

1. Verhältnis von Einzelrichter und Kollegium.

Die Einzelrichterreglung der Novelle 1933 hat in Abänderung des Rechts von 1924 die Selbständigkeit des Vorbereitungsrichters gegenüber dem Prozeßgericht beseitigt und den ER. zum Organ des Kollegiums gemacht. Der ER. soll nur solange tätig werden, als es dem Mehrheitsgericht zweckdienlich erscheint. Und er soll gehindert sein, eine Tätigkeit zu entfalten, die das Kollegium nicht als Vorbereitung des Urteils anerkennen kann. Die Novelle begnügt sich aber nicht damit, das Prozeßleitungsprogramm des Kollegiums für maßgebend zu erklären. Eine solche Regelung würde wohl der Fortdauer und Versteifung von Konflikten zwischen ER. und Kollegium entgegenwirken, nicht aber die Möglichkeit ausschließen, daß der ER. unbemerkt eine inadäquate Tätigkeit entfaltet. Die Vorbereitungstätigkeit des ER.s ist daher auch einem Aufsichtsverfahren, einer ständigen Kontrolle unterstellt worden. Und wo sich die Beobachtung des Vorb.verf.s nicht wohl durchführen läßt, im Vorb.verf. des Vorsi., wurde es dem ER. zur Pflicht gemacht, aus eigener Initiative durch Herbeiführung einer Kollegialentscheidung sich darüber zu vergewissern, ob das Mehrheitsgericht das in Aussicht genommene Vorbereitungsprogramm billigt oder nicht.

Die Novelle 1933 führt den ER. somit aus seiner Isolierung gegenüber dem Prozeßgericht heraus und gliedert ihn dem Kollegialsystem wieder ein[167]), wodurch sich der Eingriff in die Unmittelbarkeitsmaxime, den die Aufteilung des Prozesses in zwei Abschnitte darstellt, abschwächt. Kollegium und ER. stehen sich nicht mehr so schroff wie bisher als zwei verschiedene Gerichtsbehörden gegenüber. Der Standpunkt des Rechts von 1924, welches die Prozeßleitung während des Vorb.verf.s eine streng mittelbare sein läßt, ist preisgegeben, ohne daß andererseits jedoch bis zu voller Unmittelbarkeit zurückgegangen wird. Die neue Regelung findet zwischen der Unmittelbarkeitsmaxime

[167]) Gleiches gilt vom Vorsi. hinsichtlich der Befugnis zur Einleitung eines Vorb.verf.s. Vergl. S. 100 d. Schr.

und dem Interesse an Entlastung des Kollegialgerichts einen Ausgleich, sofern für das Vorb.verf. die prozeßleitenden Intentionen des Prozeßgerichts zwar maßgebend sind, während desselben aber nur durch den ER. als Mittelsorgan prozeßgestaltend verwirklicht werden. Dem ER.-Institut der Novelle 1933 liegt sonach also gewissermaßen eine Ordnung „vermittelter Unmittelbarkeit" zugrunde. Dementsprechend ist das Verf. v. d. ER. in der neuen Prägung justizökonomisch denn auch erheblich anspruchsvoller als der Instruktionsbetrieb der früheren Regelung. Berücksichtigt man seine innere Seite mit, so bedeutet es beinahe ein Zwei-Richter-Verfahren.

Was den Wert dieser Neuerung betrifft, so darf man wohl der Meinung sein, daß die Novelle 1933 gegenüber dem alten Recht einen beträchtlichen Fortschritt darstellt. Das ER.-Institut von 1924, welches darauf verzichtet hat, in irgend einer Weise etwas für die Übereinstimmung von Vorbereitungs- und kollegialem Abschlußverfahren zu tun, ging sehr zu Unrecht an der Problematik, welche die Aufteilung des Prozesses in zwei Abschnitte regelmäßig bedeutet, vorbei. Bei dieser Regelung konnte es auf die Dauer allerdings nicht bewenden, und der Standpunkt der Novelle 1933 ist daher jedenfalls im Prinzip unzweifelhaft zu billigen[168]). Fraglich kann es dagegen erscheinen, auf welche Art und Weise die Gesetzgebung Gewähr für Übereinstimmung von Vorbereitungs- und Abschlußverfahren schaffen soll, und ob auch hierin das Richtige getroffen wurde, ob die innere Einheit der Instanz in ihrer Gesamtheit am besten dadurch gesichert wird, daß die Parteien die Befugnis erhalten, gegen prozeßleitende Anordnungen des ER.s Beschwerde zum Prozeßgericht zu erheben[169]), oder ob es sich der Nov. 33 gemäß empfiehlt, Meinungsverschiedenheiten über die richtige und zweckmäßige prozessuale Erledigung des Rechtsstreits rein innergerichtlich zu beseitigen; ob also die Abhängigkeit des ER.s vom Prozeßgericht eine extern sichergestellte, oder lediglich eine interne sein soll.

Beachtet man, daß das Verf. v. d. ER. der Rationalisierung der Kollegialtätigkeit sowie der Konzentration des Verfahrens zu dienen bestimmt ist, so scheidet die Möglichkeit, den Parteien gegen jede wichtigere Maßnahme des ER.s — gegen des-

---

[168]) Auch Schultz, Rhein. Z. 1925, S. 148 ff. erklärt sich de lege ferenda für den abhängigen ER. und Bunge, DIZ. 1932, 203 bemerkt kritisch zum Recht der Novelle 1924 „die Entscheidung hätte nicht zu Gunsten des wirklich selbständigen ER.s ergehen dürfen".

[169]) Nach diesem Grundsatz verfährt die Preuß. AGO. v. 1793 1. X. §§ 45/46. Desgleichen läßt das englische Recht im Verfahren vor dem High Court gegen die Zwischenentscheidungen des Masters ein Rechtsmittel zur Kings Bench Division zu. Vgl. Gerland, Die englische Gerichtsverfassung. 1910, S. 325. Für das Recht der Novelle 1924 hat, wie bereits mitgeteilt, Sonnen diesen Weg zu eröffnen versucht.

sen Beweisbeschlüsse und Vhs.-reife-Entschen. — ein Rechtsmittel zum Prozeßgericht zu geben, alsbald aus. Das ER.-Institut darf nicht zur Prozeßverschleppung und zu einer unnötigen Vermehrung der Arbeit des Gerichts führen[170]). Auch kann diese Lösung eine sichere Gewähr für einen zweckmäßigen und richtigen Einsatz des Vorb.verf.s nicht bieten[171]). Für die innere Einheit der Instanz muß vielmehr von Amts wegen gesorgt sein. Die Novelle 1933 dürfte sich deshalb mit Recht dafür entschieden haben, die Gewährleistung widerspruchsloser Einfügung des Vorb.verf. in den Gesamtprozeß im Wege interner Abhängigkeit des ER.s vom Prozeßgericht anzustreben.

Die Gefahr, daß der ER. dem Prozeßgericht zuwiderhandelt, wird weitgehend ausgeschaltet, wenn der Vorsi. pflichtgemäß die einzelrichterliche Tätigkeit in allen wichtigeren Phasen beobachtet und beim Kollegium im Einzelfall die maßgebliche Entscheidung über Dauer und genaueren Inhalt des Vorb.verf.s liegt, zumal auch dem Vorsi. als ER. die Stellung eines Funktionärs des Kollegiums, dessen Intentionen zu befolgen sind, zugewiesen worden ist. Die Sorge, daß im Vorb.verf. der Einfluß des Urteilsgerichts nicht genügend zur Geltung komme, scheint nach der Regelung der Nov. 33 somit nicht mehr begründet.

Als in jeder Beziehung und vollkommen einwandfrei kann jedoch auch diese Lösung wohl kaum gelten. Die Möglichkeit unbeschränkter Einwirkung des Mehrheitsgerichts auf das Vorb.verf. unterliegt, so befriedigend sie als Garant für eine einfügsame Tätigkeit des ER.s sein mag, jedenfalls dem Bedenken, daß die Leitung des ganzen Verfahrens einem Gericht in die Hand gegeben wird, in dem die Mehrheit der Richter mit dem Prozeßstoff nicht auf Grund der Parteiverhandlung und unmittelbarer Anschauung vertraut ist, sondern diesen nur aus den Akten kennt[172]). Der Vorsitzende kann sich im Aufsichtsverfahren ein Bild über den Gang des Prozesses ja nur auf Grund der Akten machen. Eigene Anschauung des Prozeßgerichts über das Streitmaterial kommt nur in dem verhältnismäßig seltenen Fall

---

[170]) Die Rechtsmittelmöglichkeit gegen Zwischenentscheidungen des Vorbereitungsrichters hat im englischen Recht in hohem Maß prozeßverschleppend gewirkt. Vgl. Gerland, Englische Rechtsprobleme und deutsche Zivilprozeßreform. 1930, S. 14 Anm. 4. Der E. einer italienischen ZPO. von 1926 sucht das Problem dadurch zu lösen, daß prozeßleitende Anordnungen vom Präsidenten oder beauftragten Richter nur getroffen werden würden, wenn die Parteien sich über die betreffende Maßnahme einig sind. Im übrigen entscheidet das Tribunal. Vgl. Walsmann, Z. ausl. PR. 28, 283.

[171]) Kennzeichnenderweise fordert daher Sonnen, der gegen Anordnungen des ER.s den Parteien das Abhilfeverfahren zum Prozeßgericht gibt, trotzdem eine Beaufsichtigung des Vorb.verf. durch den Vorsi. und ev. Einholen einer Kollegialentscheidung. Gruch.Beitr. 1925 S. 482.

[172]) Aus diesem Grund ist für das Recht der Novelle 1924 die Zulässigkeit einer Fühlungnahme zwischen Kollegium und ER. auch von vielen Schriftstellern bestritten worden. Vgl. etwa Kann, ZZP. 49, 113; aus neuerer Zeit Höpner, DRZ. 1932, 120.

in Frage, daß der einzelrichterlichen Vorbereitung schon eine Kollegialverhandlung oder unmittelbare Beweisaufnahme vorausgegangen ist. Regelmäßig wird das Mehrheitsgericht seine Instruktionen also allein auf Grund der Akten oder der Darstellung des Sach- und Streitstands, wie sie der ER. gegeben hat, erteilen. Unter diesen Umständen kann das Prozeßgericht leicht eine falsche Auffassung über den Stand des Verfahrens gewinnen und durch unrichtige Weisungen den Prozeß fehlleiten. Die Unbefangenheit des Urteilsgerichts droht durch seine Tätigkeit als Weisungsgericht gegenüber dem Verf. v. d. ER. Schaden zu nehmen, und diese Gefahr ist umso größer, als aller Erfahrung nach nichts schwerer fällt, als eine vorgefaßte Meinung, ein Vor-Urteil, nachträglich als solches zu erkennen und preiszugeben. Auch wird in dem Maß, in dem sich für die kollegiale Urteilsbildung der Schwerpunkt des Prozesses in das Vorbereitungsverfahren vorverlegt, die mündliche Endverhandlung entwertet und büßt an Aufklärungskraft ein. Eine in jeder Hinsicht befriedigende Lösung ist es somit wohl kaum, wenn dem Kollegium zur Pflicht gemacht wird, sich u. U. bereits im Vorbereitungsverfahren auf Grund des prima facie Eindrucks, den es aus den Akten erhält, eine Meinung zu bilden und im Verfahren sichtbar durch Entscheidung zum Ausdruck zu bringen.

Ist die „vermittelte Unmittelbarkeit", die das neue Recht bringt, also keineswegs in jeder Hinsicht bedenkenfrei, so dürfte sie dem Standpunkt des alten Rechts gegenüber doch wohl den Vorzug verdienen. Die Gefahr, daß das Mehrheitsgericht den Prozeß während des Vorb.verf.s fehlleitet oder sich ein Vorurteil in ihm befestigt, ist nicht so groß, wie diejenige, daß der Prozeß durch den ER. eine unangemessene Behandlung erfährt und dadurch ohne Nutzen vielleicht sehr verzögert wird. Ja es erscheint ganz allgemein als die natürlichere Ordnung der Dinge, wenn der Rechtsstreit nicht mehr für eine große Strecke seines Wegs dem ER. zur Behandlung nach eigenem Gutdünken ausgeliefert wird, sondern die Prozeßleitungsgewalt des Urteilsgerichts auch während des Vorb.verf.s wenigstens intern besteht, also auch während dieser Prozeßspanne wenigstens hilfsweise zur Geltung kommen und den Prozeß bei wichtigen Wendungen steuern kann. Die neue Regelung bietet auch als Konzentrationsmaßnahme Vorzüge. Indem sie gewährleistet, daß das Vorb.verf. nicht mehr eigene Wege einschlägt, ist von ihr in höherem Maß als vom alten Recht eine Belebung des Zeitmaßes der Prozesse zu erwarten, sodaß nach dem Recht der Novelle 1933 der Wert des Vorb.verf.s als Instrument der Verfahrensbeschleunigung günstiger als bisher veranschlagt werden kann.

Nicht so positiv dürfte das reformierte Verfahren dagegen als Maßnahme der Rationalisierung des Kollegialprozes-

ses zu beurteilen sein. Ist es doch, wie gesagt, eher ein Zweirichter- denn ein Einzelrichterverfahren. Jedenfalls ist der Gegensatz dieses Verfahrens, zu dem der Novelle 1924, das sich als ein im wesentlichen einzelrichterlicher Prozeß, der nur in ein qualifiziertes Schlußverfahren ausmündet — darstellt, ein sichtbarer. Die Bedeutung des reformierten ER.-verfahrens für den Kollegialgedanken ist allerdings nicht immer richtig eingeschätzt worden. So wurde gegen die Regelung der Vhs.-reife-Entsch. eingewendet, sie verletze den Kollegialgedanken in erheblicher Weise dadurch, daß sie die kollegiale Zusammenarbeit des vollbesetzten Gerichts im Schlußverfahren beeinträchtige. Pagenstecher[173]) erklärt, die Nichtzuziehung des dritten Richters während des Vorb.verf.s bei Einigkeit zwischen ER. und Vorsi. über die zu ergreifenden Maßnahmen stelle den dritten Richter im Schlußverfahren vor vollendete Tatsachen, da es in diesem Stadium des Verfahrens für ihn schwierig sei, mit einer abweichenden Ansicht noch durchzudringen und müsse somit das Verantwortungsbewußtsein des Beisitzers schädigen. Diese Annahme dürfte jedoch nur bedingt zutreffend sein. Bei der Würdigung der prozessualen Situation des Beisitzers ist zu beachten, daß der Vorsi. als Repräsentant des Kollegiums den ihm in vielen Fällen aus der Kollegialpraxis schon bekannten Standpunkt des dritten Richters bei seiner Stellungnahme von vornherein mitberücksichtigen soll und wird. Erklärt sich der Vorsi. im Bewußtsein der bestimmt oder möglicherweise entgegenstehenden Ansicht des Beisitzers in wohlerwogener Entscheidung mit dem gleichfalls unabänderlich meinungsfesten ER. einverstanden, so ist gegenüber den beiden festliegenden Meinungen Zuziehung des dritten Richters bei der Vhs.-reife-Entsch. allerdings weder gesetzlich geboten noch veranlaßt. Die Situation des Beisitzers im weiteren Verlauf des Prozesses und in der Schlußverhandlung dürfte dann aber keine andere sein, als wenn er bei der Vhs.-reife-Entsch. zugezogen, bereits überstimmt worden ist. In allen Fällen aber, in welchen der, dem Vorsi. aus der gemeinsamen Kollegialpraxis regelmäßig bekannten Sonderansicht des dritten Richters eine gewisse Werbekraft zukommt, sodaß der Vorsi. damit rechnen kann, daß der ER. oder er selber sich möglicherweise im Lauf des Verfahrens doch noch der Ansicht des Beisitzers anschließen könnten — liegt die Einigkeit wohlüberlegter und voraussichtlich endgültiger Meinungen von Vorsi. und ER., wie sie von § 349 II 4 für eine auf den Beisitzer verzichtende Prozeßbehandlung gefordert ist — nicht vor, und ist deshalb Beiziehung des dritten Richters veranlaßt. Immer also, wenn die bekannte oder mutmaßliche Meinung des Beisitzers gewisse Chancen hat, durchzudringen, wird die Zuziehung des Beisitzers und der rechtzeitige Meinungsaus-

[173]) Judicium IV, S. 301/302.

tausch mit diesem durch die Regelung des § 349 II 4 nov. ZPO. nicht ausgeschlossen, sondern umgekehrt gefordert. Aber selbst wenn die rechtzeitige Zuziehung des Beisitzers, wo sie geboten ist, nicht immer erfolgen sollte, und gelegentlich einmal die von Pagenstecher vermerkte Situation eintritt, daß der nicht rechtzeitig gehörte Beisitzer sich nicht mehr durchzusetzen vermag, so schädigt die vorliegende Regelung der Vhs.-reife-Entsch. im Gesamtergebnis den Kollegialgedanken doch jedenfalls deshalb nicht, weil sie im Prinzip die Zuziehung des Beisitzers sicherstellt, und dadurch den Kollegialgedanken stärkt, und das sogar mit dem Erfolg einer im gerichtseinheitlichen Verfahren vielleicht nicht immer zu erreichenden Aktivierung der sämtlichen Kräfte des Kollegialgerichts für die Streitsache!

Die Behandlung der Vhs.-reife-Entsch. in der Nov. 33 mit ihrem Verzicht auf die Zuziehung des dritten Gerichtsmitglieds im Falle der Einigung von Vorsi. und ER. steht deshalb auch keineswegs etwa dem Projekt nahe, das Dreierkollegium durch ein Zweierkollegium „auf Ergänzung" zu ersetzen, welches von Mendelsohn-Bartholdy allerdings für ein gerichtseinheitliches (nicht einzelrichterlich-vorbereitetes Verfahren) entwickelt worden ist[174]). Danach soll das Gericht aus zwei Richtern bestehen, die bei Nichteinigung einen dritten Richter zuziehen. Mendelsohn erblickt den Vorzug dieses Gerichtskörpers vor allem im Zwang zur Einigung unter den beiden Richtern, der in Deutschland sehr nötig sei. Mit einer im wesentlichen gleichen Begründung ließe sich dieser Plan aber auch für den einzelrichterlich vorbereiteten Prozeß in Betracht ziehen und auch hier von einem Zweiergericht ausgehen, welches nur im Falle der Nichteinigung von Vorsi. und ER. in der Frage der Vhs.-reife oder im späteren Verlauf des Verfahrens durch einen dritten Richter zu ergänzen wäre.

Daß die Nov. 33 keineswegs auf eine solche Verfahrensgestaltung hinwirkt, muß scharf betont werden. Wie das Instruktionsverfahren als Rationalisierungsmaßnahme des Kollegialprozesses konzipiert ist und sich in dem Maße bewährt, in dem es (ohne die unmittelbare Kollegialverhandlung gegenstandslos zu machen) wichtiger Bestandteil des Kollegialprozesses ist, so kann es nur auf dem Boden echter und wirklicher Kollegialgerichtsbarkeit gedeihen. Das Zweiergericht auf Ergänzung aber läßt sich unmöglich mit Mendelsohn als Gerichtskörper anerkennen, in dem durch Zusammenwirken der Richter im Wahrnehmen und Beurteilen die Atmosphäre richterlicher Arbeitsgemeinschaft entsteht, welche echte Kollegialgerichtsbarkeit kennzeichnet. Im Zweiergericht muß der vorherrschend werdende Zwang zur Einigung, was sich an echtem Kollegialgeist entfalten will, vielmehr von

[174]) Mendelsohn-Bartholdy, Judicium II, 39 III 71.

vornherein auslöschen. Sind die beiden Richter genötigt, regelmäßig miteinander allein auszukommen, so wird sich entweder die stärkere der beiden Persönlichkeiten regelmäßig durchsetzen, gleichgültig, ob ihre Entscheidung die richtige zu sein pflegt, womit für den Amtsgenossen das Interesse an intensiver Mitarbeit von vornherein weithin entfällt — oder aber, wenn die Richter mehr harmonieren, wird abwechselnd der eine oder der andere den Ausschlag geben. In diesem Fall aber werden die beiden Richter kaum von vornherein gemeinsam an die Bearbeitung der Sache herantreten, um ihre zunächst selbständig gebildeten Auffassungen späterhin zu letzter Klärung zu konfrontieren, sondern die Klagfälle von vornherein zu vollständiger Erledigung unter sich aufteilen. So sieht in Wirklichkeit der „heilsame Zwang zur Einigkeit" aus: Er führt zu einem für die Beteiligten bequemeren Einzelrichtertum! Die Vorteile des Kollegiums erscheinen also nur bei einem zumindest aus drei Richtern bestehenden Gerichtskörper und bei Mehrheitsentscheidung gewährleistet, die bei der prozessualen Kognition, dem urteilsmäßigen Erkennensakt nicht entbehrt werden kann, weil sie mit der Gleichberechtigung der zur Urteilsfällung vereinigten Richter die unerläßlichen formellen Voraussetzungen für eine ernsthafte Beteiligung derselben, für den vollen Einsatz der einzelnen Richterpersönlichkeiten bei der Vorbereitung und Entscheidung des Prozesses schafft.

Muß das Dreiergericht also als das minimalbesetzte Kollegialgericht gelten, weil von einem geringer besetzten Spruchkörper eine kollegialgerichtlich-qualifizierte Tätigkeit nicht geleistet werden kann, so ist es andererseits zwar wünschenswert, aber keinesfalls im Interesse einer von Kollegialgerichtsgeist beherrschten Vorbereitungstätigkeit unbedingt erfordert, daß das Dreierkollegium jeweils als solches und vereinigt tätig wird. Das Verf.v.d.ER. in der neuen Gestalt dürfte vielmehr gerade zeigen können, daß sich die Kräfte des Kollegialgerichts gelegentlich vielleicht sogar noch vollständiger aktivieren lassen, wenn es bei bestimmten Prozeßaufgaben in einzelnen Richtern handelt, die in sukzessiver Tätigkeit sich ergänzen, einander kontrollieren und so die Energie des Gerichtskörpers steigern. Die Behandlung der Vhs.-reife-Entsch. durch die Nov. 33 bedeutet also keineswegs einen ersten Schritt auf dem Weg des Abbaus der Dreiergerichte zu Gunsten von Zweiergerichten auf Ergänzung. Sie will den Kollegialgedanken nicht schwächen, sondern umgekehrt die Kräfte echter und ungeminderter Kollegialgerichtsbarkeit durch zweckgerechte Organisation entwickeln und zur Entfaltung bringen und unterscheidet sich von Mendelsohns Projekt, welches zu gefährlichem Schlag gegen die Wurzeln wirklicher Kollegialgerichtsbarkeit ausholt, der Sache wie der Absicht nach — insofern auf's entschiedenste.

2. Einleitung des Vorbereitungsverfahrens.

Auch wenn man der Ansicht ist, daß das neue Recht die für das ganze einzelrichterliche Verfahren entscheidende Beziehung zwischen ER. und Prozeßgericht zweckmäßiger geordnet hat als die Novelle 1924, bedeutet es für den Prozeß noch immer nicht gerade einen Vorteil, durch das Verf.v.d.ER. geleitet zu werden. Es ist deshalb nötig, sich die Frage vorzulegen, ob die Bestimmungen über die Einleitung des Vorb.-verf.s Gewähr dafür bieten, daß nur diejenigen Rechtsstreitigkeiten ins Vorb.verf. verwiesen werden, die eine solche prozessuale Behandlung voraussichtlich vertragen. Von einem Verfahren, welches die Güte der Rechtspflege schwerlich steigert, sondern in der Hauptsache dem äußeren Zweck, Richterkräfte zu sparen, dient, erwartet man, daß es wenigstens nicht schematisch durchgeführt sein will, sondern nur dann, wenn dies im Hinblick auf die Individualität des Einzelfalles unschädlich erscheint.

Geht man mit dem Recht der Novelle 1924 und der neuen Gesetzgebung davon aus, daß sich die grundsätzlich unbeschränkte Unmittelbarkeit des Verfahrens in Kollegialsachen, so wünschenswert sie auch wäre, derzeit nicht durchführen läßt, es also einer Beschränkung derselben in irgend einer Weise bedarf, so ist zuzugeben, daß der Typus der Beschränkung der Verfahrensunmittelbarkeit, den das Verf. v. d. ER. darstellt, vielen von den weitläufigeren Prozessen angemessen sein dürfte. In zahlreichen Fällen mag die einigermaßen mittelbare Prozeßleitung, die auch das reformierte Instruktionsverfahren nicht vollends beseitigen konnte, nicht gerade schaden und es angebracht sein, das Verf.v.d.ER. durchzuführen, welches immerhin die Chance gibt, daß für die Aufnahme einiger Beweise durch das Prozeßgericht selber vielleicht Zeit gewonnen wird. So bei den Klagsachen, deren rechtliche Qualifizierung keine besonderen Schwierigkeiten bereitet, in denen es dagegen wünschenswert ist, daß das Kollegium an der Aufnahme der Beweise beteiligt wird und der komplizierten Tatfrage nach Möglichkeit sich annimmt[175]). Hingegen muß bestritten werden, daß das Prinzip der Unmittelbarkeitsbeschränkung, welches dem ER.-verfahren zugrunde liegt, eine befriedigende Erledigung sämtlicher umfangreicher und langwieriger Kollegialprozesse ermöglicht, daß das Verf.v.d.ER. in allen jenen Fällen, in denen es gesetzlich vorgesehen ist, eine sachgemäße Behandlung der Prozesse zuläßt. Es gibt Rechtsstreitigkeiten, in denen man sich mit der Mittel-

[175]) Daß das Verf. v. d. ER. keineswegs eine sehr erhebliche Steigerung der Beweisunmittelbarkeit bringt, wurde schon dargelegt.

barkeit der Beweisaufnahmen einigermaßen abfinden könnte, große Bedenken dagegen einer einzelrichterlichen Prozeßleitung entgegenstehen, auch wenn man den ER. bei dieser Tätigkeit durch das neue Recht in Abhängigkeit vom Prozeßgericht gestellt findet — — Fälle, in denen schwierige Rechtsfragen voraussichtlich wiederholte Verhandlungen vor dem vollbesetzten Prozeßgericht nötig machen. Gestattet die Gesetzgebung in derartigen Fällen von der Einleitung eines Vorb.-verf.s abzusehen? Wenn die Erledigung des Verfahrens in einem Termin nicht zu erwarten ist, doch keineswegs! Denn „jede Sache" ist grundsätzlich „zunächst vor dem ER. zu verhandeln". Von der Durchführung eines ER.-verf.s kann nur abgesehen werden, wenn eine Vorbereitung den Umständen nach „nicht erforderlich erscheint". Nicht „erforderlich" aber ist, wie sich aus § 349 II 1 ergibt, eine solche nur dann, wenn auch ohne Erörterung des gesamten Sach- und Streitverhältnisses durch den ER. der Rechtsstreit durch etwa eine Verhandlung vor der Kammer erledigt werden kann. Das ist der klare Sinn der Regelung sowohl des geltenden Rechts wie des E.s, die aus Konzentrationsgründen im Einzelfall eine Entscheidung darüber, ob die Durchführung des Vorb.verf.s auch zweckmäßig ist, nicht getroffen wissen wollen, die Durchführung des Vorb.-verf.s also lediglich unter dem verfahrensökonomischen Gesichtspunkt der Erforderlichkeit desselben regulieren, nicht aber unter dem damit keineswegs ohne weiteres identischen Gesichtspunkt der konkreten kognitiven Zweckmäßigkeit[176]).

Ist das Vorb.verf. auch immer dann, wenn es im Sinn des gerichtlichen Arbeitsteilungsprinzips, welches dem ER.-institut zugrunde liegt, nicht „erforderlich", auch ganz gewiß nicht zweckmäßig, so kann es andererseits sehr wohl kognitiv unzweckmäßig, und doch in jenem maßgebenden Sinn „erforderlich" sein. Die künftige Gesetzgebung sollte daher unzweideutig zum Ausdruck bringen, daß vom Vorb.verf. auch dann abzusehen ist, wenn eine Vorbereitung nicht „zweckmäßig" erscheint.

Andererseits aber besteht, auch wenn man davon ausgeht, daß die Unmittelbarkeit des Verfahrens möglichst weitgehend zu sichern ist, kein Anlaß, Beweisaufnahmen durch den beauftragten Richter am Sitz des Prozeßgerichts grundsätzlich auszuschließen, also auch dann, wenn, wie es gelegentlich vor-

---

176) A. M. Rosenberg, § 110 III 1, Püschel S. 16, Otto S. 98, Baumbach, Anm. 1 u. 3 zu § 348 (der aber zugibt, daß die Fassung des Gesetzes sich nicht ohne weiteres auf die Zweckmäßigkeitsfrage erstreckt). Daß in der Frage der Einleitung des Verf. v. d. ER. nicht genügend Ermessensfreiheit gegeben sei, rügt dagegen mit Recht Kann, ZZP. 49 S. 120. Paech, a. a. O., S. 305 ff.; und Bornkessel, Sächs. Arch. f. Rechtspfl. berichtet, daß man sich in der Praxis streng an diese Ermessensbeschränkung gehalten habe.

kommt, mittelbare Beweiserhebungen relativ unbedenklich erscheinen. Will man die Arbeitskraft des Kollegiums wirklich rationell ausnützen, und den Prozeß dem Mehrheitsgericht in demjenigen Stadium überlassen, in dem er individuell unmittelbarer Erledigung am dringendsten bedarf, so ist mit dem starren Schema der Unmittelbarkeitsbeschränkung, welches das Verf.v.d.ER. im Verein mit § 375 nov. ZPO. darstellt, nicht auszukommen. Dann ist eine elastischere Regelung vonnöten, die, wenn aus Zweckmäßigkeitsgründen von der Durchführung des Vorb.verf.s abgesehen wurde, die Erhebung von Beweisen durch den beauftragten Richter nicht verwehrt.

Es läßt sich vielleicht bezweifeln, ob man in der Berücksichtigung der individuellen Eigenart der Klagsachen so weit gehen kann, umfangreichen Prozessen, die infolge besonderer Umstände volle Unmittelbarkeit zu benötigen scheinen, auch diese zu gewähren. Aber nichts verlangt, umfangreichere Klagsachen, deren rechtliche Natur ausgiebige Verhandlung vor dem Kollegium von vornherein zu erfordern scheint, während die Tatfrage offenbar einfach liegt, unbesehen in die Schablone des Verf.s v.d.ER., welches mittelbare Verfahrensinstruktion mit in gewissen Grenzen angestrebter Unmittelbarkeit der Beweiserhebungen kombiniert, einzuspannen, und sie auf diesem Wege vielleicht gar um jede Unmittelbarkeit des Verfahrens zu bringen. Die Frage, ob der Einzelfall dringender nach mehrheitsgerichtlicher Prozeßleitung oder unmittelbarer Beweisaufnahme verlangt, wird sich zu Beginn des Prozesses vielleicht nicht immer glatt entscheiden lassen. Im Zweifel kann es dann ja bei der Durchführung des Vorb.verf.s bewenden. Nur darauf kommt es an, daß, wenn von vornherein das Schwergewicht des Prozesses auf der Seite seiner richtigen Instruktion zu liegen scheint, es dem Kollegium gestattet wird, sich alsbald und von vornherein in unmittelbarer Verhandlung dieser Aufgabe zu widmen. Stellt sich nachträglich heraus, daß die Durchführung einer mittelbaren Beweisaufnahme dem ersten Anschein zuwider in hohem Grade untunlichst ist, so müßte das Kollegium sich allerdings auch der Aufnahme der Beweise unterziehen dürfen. Darin liegt keineswegs eine grundsätzliche Preisgabe der Beschränkung der Unmittelbarkeit in umfangreichen und voraussichtlich langwierigen Prozessen. Denn es wird dem Prozeßgericht keineswegs anheim gegeben, sich in größeren Prozessen von vornherein für volle Unmittelbarkeit zu entscheiden. Im Grundsatz mag also die Prozeßinstruktion dem ER. zugewiesen werden. Nur sollte sichergestellt sein, daß in den nicht seltenen Klagsachen, in denen Mittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht so bedenklich erscheint, wie die der Prozeßleitung, eine schematische Lösung nicht den naheliegenden Weg verschließt, die Beschränkung der Unmittelbarkeit

in das Beweisverfahren zu verlegen durch Befassung eines Richterkommissars mit diesem, die Prozeßleitung aber unmittelbar dem Kollegium zu überlassen: das einzelrichterliche Verfahren also in denjenigen Fällen auszuschalten, für die es nicht paßt.

Die hier vorgeschlagene unterschiedliche Behandlung der Prozesse im Hinblick darauf, ob sie sich zur Vorbereitung durch den ER. eignen oder nicht, setzt andererseits wiederum eine sorgfältige Auslese der einzelnen Klagsachen voraus, wie sie in dem Zuweisungsverfahren, in dem das Gesetz dem ER. die Klagfälle zuleitet, offenbar nicht vorgenommen werden kann. Dieses hat sich schon für die Aufgabe, festzustellen, ob ein Prozeß vorbereitungs-, weil mehrerer Verhandlungen bedürftig ist, als unzulänglich erwiesen, da der Vorsi. auf Grund der Klagschrift[177]) häufig nicht in der Lage ist, den vermutlichen Verlauf des Prozesses abzusehen und sein voraussichtliches Zeitmaß zu erkennen, und die Gerichte haben deshalb auch z. T. bereits eigene Wege beschritten, um den Schaden abzuwenden, der einer rationellen und beschleunigten Prozeßführung daraus erwachsen kann, daß in einem zu frühen Abschnitt des Verfahrens, und deshalb nicht genügend individuell die Frage der Zuweisung des Prozesses an den ER. entschieden wird[178]). Nach den Erfahrungen dieser Gerichte aber ist es vor Abhaltung des ersten Termins unmöglich, festzustellen, ob sich verwickeltere und folglich in besonderem Maße vorbereitungsbedürftige Prozesse zur Vorbereitung durch den ER. eignen oder nicht. Aus Gründen der Förderung der Übersicht über den Geschäftsgang der anhängigen Prozesse, sowie wegen der Wichtigkeit der Entscheidung, die den Prozeß dem ER. zur Vorbereitung übergibt, erscheint es daher ratsam, im künftigen Recht über die Vorbereitungsbedürftigkeit eines Rechtsstreits frühestens in dem zunächst anzuberaumenden Termin vor der Kammer[179]), und durch das Mehrheitsgericht selber und nicht durch den Vorsi. entscheiden zu lassen[180]).

---

[177]) Daß der Vorsi. nicht den Eingang der Klagantwort abwarten kann, bevor er über die Bestellung eines ER.s entscheidet, hat Otto, S. 100 gegenüber Püschel, S. 17. zutreffend dargelegt.

[178]) Über die sogen. $9^1/_2$ Uhr-Termine am Hamburger Landgericht vgl. Ewald, J.W. 1932, 96/97.

[179]) Aus der Praxis heraus empfohlen von Höpner, DRZ. 1932, 120, Jacobi, Leipz. Z. 1925, 75. Vgl. auch den Hinweis auf die Münchener Praxis in Ehesachen von Maduschka, Bay. RZ. 1924, 103.

[180]) Schon der Vorentwurf d. Novelle 1924 hatte in Anlehnung an § 348 a. ZPO. die wichtige Entscheidung über die Erforderlichkeit eines Vorb.verf.s der Kammer vorbehalten (§ 350 II). Umso mehr muß das für die sich auch auf die Zweckmäßigkeitsfrage erstreckende Entscheidung gelten. Für das reformierte ER.-Verf. empfiehlt sich diese Lösung außerdem als konsequente Durchführung des § 349 II 4 nov. ZPO. zugrundeliegenden Gedankens. Wie dem Prozeßgericht hiernach die Verneinung der Vhs.-reife des Prozesses zusteht, so sollte ihm (und nicht dem Vorsi.) auch die erste Feststellung der Vorbereitungsbedürftigkeit

3. Die Veränderung in der Urteilszuständigkeit

Was die Ermächtigung des ER.s durch die Parteien betrifft, so hat der E. (nicht aber das neue Recht) die Beschränkung der Novelle 1924 beseitigt und Zuständigkeitsbegründung durch Parteiwillen soweit zugelassen, als gesetzlich Urteilszuständigkeit des ER.s zum Schutz des Vorb.verf.s gegen Frustrierung der Termine durch die Parteien besteht.

Diesem Standpunkt entspricht es, wenn der parteieinverständlichen Zuständigkeitsbegründung andererseits eine den ER. verpflichtende Wirkung versagt worden ist, nachdem die Parteien in keinem Fall in der Lage sind, mittels Säumnis ein instanzbeendendes, nicht-einspruchsfähiges Urteil des ER.s zu erzwingen. Die erschienene Partei kann Versäumnisurteil verlangen, der Antrag auf Erlaß eines Aktenlageurteils aber bindet den ER. zumindest faktisch deshalb nicht, weil bei ihm die Entscheidung über die Urteilsreife des Prozesses liegt.

In der Regelung, daß das Parteieinverständnis nur ein Recht des ER.s, an Stelle des Mehrheitsgerichts zu entscheiden, nicht aber auch eine entsprechende Pflicht begründet, liegen nun gewisse Schwierigkeiten:

Wenn der ER. nicht alsbald nach Einverständniserklärung der Parteien sich in bindender Weise positiv oder negativ über seine Bereitschaft zum Urteil erklärt, bleibt es u. U. längere Zeit zweifelhaft, ob der ER. seine eigene Entscheidung vorbereitet oder diejenige des Kollegiums, ob er also zu beaufsichtigen und von Kollegialinstruktionen abhängig ist oder nicht. Schwerwiegender dürfte sein, daß nach dieser Regelung die Bestimmung des Spruchgerichts in einem Zeitpunkt möglich ist, in welchem deren Einfluß auf das Ergebnis des Prozesses schon erkennbar sein wird — indem der ER. das Ergebnis des Prozesses, wenn er diesen zur Entscheidung ans Kollegium gibt, unschwer voraussehen kann. Nach der ganzen Anlage des Einzelrichterinstituts bleibt der Standpunkt des Mehrheitsgerichts in der Sache dem ER. kein Geheimnis. Er wird dem ER. regelmäßig ohne weiteres bekannt sein, wenn die Sache erst nachträglich, etwa nach einigen Kollegialverhandlungen ins Vorb.verf. verwiesen wird. Vor allem aber sollen die negativen Vhs.-reife-Entscheidungen und die Weisungen des Prozeßgerichts den ER. über die Sachbeurteilung des Mehrheitsgerichts unterrichten. Der ER. ist also regelmäßig über die rechtliche Einstellung des Kollegiums wie auch über die Bewertung vorausgegangener Beweisaufnahmen des Mehrheitsgerichts oder einzelrichterlich auf-

---

des Prozesses obliegen. Gegen das im Zivilprozeß ohnehin nicht vollständig durchführbare Einterminprinzip verstößt der Vorschlag deshalb nicht beträchtlich, weil der erste kollegiale Orientierungstermin, um seinen Zweck zu erreichen, nicht allzusehr ausgedehnt zu werden braucht.

genommener Beweise informiert. Dennoch stellt das ER.-Institut es dem Vorbereitungsrichter völlig frei, ob er selbst entscheiden, oder die Sache vors Mehrheitsgericht bringen will, eine Entscheidung, die für den Prozeßausgang u. U. schlechthin ausschlaggebend sein kann. Das richterliche Ermessen des ER.s ist hierfür allein maßgebend. Natürlich hat der ER. dieses „pflichtgemäß" auszuüben. Aber nachdem er auf Grund sorgfältiger Überlegung zu einer eigenen Auffassung in der Sache gelangt ist, wird ihn sein pflichtgemäßes Ermessen, gerade wenn er verantwortungsfreudig ist, keineswegs hindern, die Sache auch selber zu erledigen. — Zu nachträglicher Bestimmung des Spruchgerichts kommt es übrigens nicht nur bei parteibegründeter Einzelrichterzuständigkeit. Eine solche ist auch in der Entscheidung des ER.s, ob er ein Aktenlageurteil fällen soll oder nicht, gelegen.

Daß die Befugnis des ER.s, das Spruchgericht zu bestimmen, besonders unbefriedigend ist, soweit es sich um den Erlaß nicht mehr anfechtbarer Urteile handelt, also im landgerichtlichen Berufungsverfahren sowie bei nicht revisiblen Sachen des Oberlandesgerichts, und der Erweiterung der einzelrichterlichen Endurteilszuständigkeit durch den E. hier daher besonders nachhaltige Bedenken entgegenstehen, liegt auf der Hand. Aber auch im übrigen ist es eine mit den Erfordernissen rechtsstaatlich geordneter Rechtspflege kaum vereinbare Regelung, daß der ER. u. U. die Möglichkeit hat, durch Bestimmung des Spruchgerichts den Prozeßausgang zu beeinflussen. Bekanntlich ist es wichtige rechtsstaatliche Funktion der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, jeder Rechtsstreitigkeit ihren „gesetzlichen Richter" zu geben und dadurch jeglichen Einfluß der Behörden auf das Ergebnis der Prozesse durch Bestimmung des Prozeßgerichts im Einzelfall — auszuschalten. Gegen den Grundsatz, daß das erkennende Gericht vor Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache definitiv bestimmt sein muß, aber verstößt das ER.-institut, wenn es zuläßt, daß die Zuständigkeitsfrage u. U. erst nachträglich ihre Lösung findet durch das Ermessen des bereits mit dem Streitstoff vertrauten ER.s. Im Verfahren der wichtigsten Klagssachen, in den Rechtszügen, in denen eine gegen Ermessenswillkür gesicherte Erfüllung der staatlichen Rechtsschutzaufgabe besonders unerläßlich ist, soll eine prozessuale Situation geduldet sein, durch die der Zufall, wenn nicht gar unsachliche Gesichtspunkte Einfluß auf den Prozeßausgang erlangen können! Darauf mit Entschiedenheit hinzuweisen, aber ist umsomehr veranlaßt, als es sich um eine Verfahrenslage handelt, zu der es nach dem Aufbau des Verf.s v. d. ER. zwangsläufig kommen muß, die mit der ganzen Struktur des ER.-Instituts aufs engste zusammenhängt. Denn wenn neben der bestehenden Urteilszuständigkeit des Kollegiums unter bestimmten Voraussetzungen eine solche

des Vorbereitungsorgans begründet wird, so bedarf es nachträglich einer Individualisierung des Spruchgerichts, sei es durch das Kollegium, sei es durch den ER., und beide sind Gerichtsbehörden, die in irgend einer Weise bereits mit der Sache befaßt sind und deshalb die Bestimmung des Spruchgerichts nicht in jedem Fall mit der wünschenswerten völligen Objektivität werden treffen können.

Das einzige Mittel, der Fragwürdigkeit dieser Situation einigermaßen abzuhelfen, dürfte wohl darin liegen: das Ermessen des ER.s, dem das positive Recht die nachträgliche Bestimmung des urteilenden Gerichts überlassen hat, zu beschränken. Es ist erforderlich, gesetzlich festzulegen, daß der ER. von der Endentscheidungsbefugnis über die Hauptsache, sei sie unmittelbar gesetzlich oder durch Parteiwillen begründet, nicht Gebrauch machen darf, wenn er annehmen muß, daß das Kollegium in der Sache voraussichtlich zu einem anderen Urteil kommen wird, als er[181]). Eine Bestimmung dieses Inhalts schließt zugleich auch aus, daß der ER. in einer vielleicht schon nahe bis zur Vhs.-reife gediehenen Sache die Bereitschaft zu eigener Entscheidung erklären kann, auch wenn infolgedessen im Hinblick auf seine abweichende Rechtsauffassung umfangreiche Vorbereitungshandlungen in anderer Richtung nötig werden — daß es dem ER., wenn die Parteien sich auf seine Entscheidung geeinigt haben, gestattet ist, den ganzen Rechtsstreit auf der Grundlage eines anderen Rechtsstandpunkts noch einmal zu verhandeln. Der Vorrang des Kollegialurteils sollte aber auch noch weitergehend dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß es dem ER. ganz allgemein untersagt wird, Urteile von „grundsätzlicher Bedeutung" selber zu erlassen, und zwar weder als Aktenlageentscheidungen noch auf Grund von Parteiermächtigung. — Ist der praktische Wert solcher Ermessensbeschränkungen auch nicht zu überschätzen, weil deren Wirksamkeit im Einzelfall wiederum von sachgemäßer Ausübung einzelrichterlichen Ermessens abhängt, so stellen sie doch den einzigen Weg dar, die Urteilszuständigkeit des ER.s dort, wo dieser allzu große Bedenken entgegenstehen, zu begrenzen und können infolgedessen nicht entbehrt werden.

[181]) Daß eine solche Regelung den Wert der gesetzlichen Ermächtigung des ER.s zu Aktenlageentscheidungen als Koerzitionsnorm gegenüber den Parteien — nicht in Frage stellt, ergibt sich daraus, daß die Parteien nicht von vornherein wissen, wie der ER. denkt. Auch droht der säumigen Partei Versäumnisurteil.

5. Kapitel.

Das Einzelrichter-Institut als Maßnahme der Verfahrensrationalisierung im Kollegialprozeß.

§ 22.

1. Vollzuständiger Einzelrichter in Landgerichtssachen.

Unsere Ausführungen haben sich nach der Erörterung der Entscheidungszuständigkeit des ER.s kraft Gesetzes vorwiegend mit der Neuordnung des Verhältnisses zwischen ER. und Kollegium durch E. und Novelle 1933 befaßt. Alsdann wurde auf die Grundsätze, die für die Einleitung des Verf.s v.d.ER. maßgebend sein sollten eingegangen und schließlich war auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, zu welchen die akzessorische Begründung der Urteilszuständigkeit des ER.s während des laufenden Prozesses führt. Nach dieser Betrachtung der inneren Verhältnisse des Einzelrichterinstituts ist es nunmehr möglich, das Verf.v.d.ER. genauer prozeßpolitisch zu würdigen und seine Tragweite als Maßnahme zur Rationalisierung des Kollegialverfahrens mit den anderen Ordnungsmitteln, die der Prozeßgesetzgebung zur Beschränkung und zweckmäßigen Gliederung des Kollegialverfahrens zu Gebote stehen, zu vergleichen.

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch auf die Frage der Einzelgerichtsbarkeit in gerichtseinheitlichem Verfahren eingegangen, genauer auf den Plan einer Aufteilung der Zuständigkeit höherer Rechtsstufe zwischen gerichtseinheitlich prozedierendem Einzelrichter und (nicht einzelrichterlich vorbereitetem) Kollegialprozeß, der zur Rationalisierung des Kollegialverfahrens ebenfalls in Vorschlag gebracht worden ist.

Einer verbreiteten Meinung zufolge ist der durch das Verf. v.d.ER. geleitete Rechtsgang ein Verfahren von so gekünstelter und untauglicher Form, daß es vorzuziehen sei, lieber mit dem Kollegialsystem völlig zu brechen als mit der beschränkten Kollegialität des Verfahrens, die das ER.-institut zuläßt, sich zu bescheiden. Sie kann sich auf die Autorität Wachs berufen, der „alle Versuche, unser kollegialgerichtliches Verfahren in ein Vorverfahren vor dem Richterkommissar und ein Schlußverfahren vor dem Kollegium zu gliedern, vorbehaltlos“ ablehnt und „solch einem fiskalischen Notprodukt“ die Erwei-

terung der einzelrichterlichen Kompetenz vorziehen möchte[182]). Dieser Reformplan hat Unterstützung erfahren durch die Bestrebungen, die Rechtsangleichung mit Oesterreich vorzubereiten[183]), wo seit der Gerichtsentlastungsverordnung vom 4. VI. 1925 die Kollegialgerichtsbarkeit erster Instanz statistisch die Ausnahme geworden ist, und die Einzelgerichte die Regel bilden[184]). Der Einzelrichter ist in Oesterreich obligatorisch vollzuständig für Verfahren über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Streitgegenstand 10 000 S. nicht übersteigt, darüber hinaus bei Parteieinverständnis; außerdem entscheidet er ohne Rücksicht auf den Streitwert über die nichteinverständliche Scheidung und die einverständliche und nichteinverständliche Trennung der Ehe samt den damit verbundenen vermögensrechtlichen Ansprüchen (7 a J.N.). — Die zumeist unter Berufung auf das österreichische Recht auf Erweiterung der Einzelrichterkompetenz gerichteten Pläne der deutschen Reformer gehen im einzelnen verschieden weit, teils auf Zuständigkeit des ER.s im erstinstanzlichen Landgerichtsprozeß überhaupt[185]), teils nur bei vermögensrechtlichen Klagen oder auch nur bis zu einer bestimmten Wertgrenze[186]), zuweilen aber auch auf Zuständigkeit des Einzelrichters auch im zweitinstanzlichen Landgerichtsprozeß[187]). Das nicht mehr prozeßpolitisch, sondern nur noch als Sparmaßnahme begründete Reformprojekt der preußischen Staatsregierung aus dem Jahre 1930 wollte in den landgerichtlichen Zivilsachen — nicht auch bei den Kammern für Handelssachen — das Kollegialgericht durch den Einzelrichter zu ersetzen bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu 6000 RM.[188]).

Die durch das ER.-institut rationalisierte Kollegialgerichtsbarkeit hat somit also nach zwei Seiten hin um ihre Existenz zu kämpfen. Gegen einen Unmittelbarkeitsdoktrinarismus, der die Vorzüge einer wenigstens teilweisen Kollegialität zu opfern bereit ist und übersieht, daß Unmittelbarkeit des Verfahrens nur bei angemessener Besetzung des Gerichts sich fördernd auswirkt und einen Wert darstellt — und andererseits gegen die radikalen Methoden einer Verfahrensrationalisierung, die nach dem Gut oder Schlecht der vorgeschlagenen Prozedurform kaum noch fragen und die Reform der Rechtspflege einzig unter dem Spargesichtspunkt in Angriff nehmen wollen.

---

[182]) Wach, Grundfragen, S. 59, 60.
[183]) Blomeyer, Sächs. Rpfl. Arch. 1932, insbes. S. 331 sowie Judicium IV, 289; Hendel, ebd. 303; Mügel, Justizreform, S. 28 ff.
[184]) Vgl. Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. I, S. 216 ff.
[185]) So Blomeyer, a. a. O. Epping, DRZ. 1932, 336, Mügel a. a. O.
[186]) Sprotte, DRZ. 1932, 207 ff.
[187]) Dosenheimer, DRZ. 1929, 367.
[188]) J. W. 1930, S. 25.

Der durch das Verf.v.d.ER. beschränkte Kollegialprozeß ist, wie er auch ausgestaltet sein mag, nun gewiß kein ideales Institut. Dafür wird aus der Kollegialgerichtsbarkeit ein zu großes Stück herausgebrochen. Aus finanziellen Gründen in der Rückbildung des Prozesses fortzuschreiten bis zur primitivsten Form der Gerichtsorganisation, der erstinstanzlichen Einzelgerichtsbarkeit für die wichtigsten Klagsachen aber wäre denn doch wohl ein unverantwortliches Beginnen[189]) und keine Notgesetzgebung in einem noch irgend produktiven Sinne mehr. Ein Werk echter Notgesetzgebung mit großen Schwächen behaftet, aber geschaffen aus dem Willen, von den Qualitäten des Prozesses keinen Zoll mehr preiszugeben als die Not der Zeit erfordern mag, ist dagegen das ER.-Institut, welches das Maximum an zu verantwortender Umbildung des früheren Kollegialprozesses verwirklichen dürfte. Daß das auch die Meinung im Reichsjustizministerium war und ist, zeigt die Beibehaltung des Verf.v.d.ER. im E. und der Novelle 1933, die eine erfreuliche Absage an die überspannten Rationalisierungspläne des preußischen Vorschlags darstellt.

Ernster zu nehmen ist die prozeßpolitisch verantwortete, im Namen der Unmittelbarkeitsmaxime am ER.-Institut geübte Kritik, die nicht für das äußere Ziel einer Senkung des Justizbedarfs eine Verschlechterung der Rechtspflege in Kauf nehmen will, sondern umgekehrt geradezu eine Hebung des Niveaus der Rechtsprechung von der Beseitigung des Verfahrens zu Gunsten des vollzuständigen Einzelrichters erwartet. Es sei dem Prozeß besser in voller Unmittelbarkeit vor einem an sich weniger gut besetzten Gericht verhandelt zu werden, als in nur teilweiser Unmittelbarkeit vor einem qualifizierteren. Dieser unter dem Einfluß des österreichischen Prozeßrechts stehenden Ansicht scheint jedoch eine falsche Einschätzung der für den Aufbau des Prozesses gewiß hervorragend bedeutsamen Unmittelbarkeitsmaxime zugrunde zu liegen. Unmittelbarkeit ist zweifellos für die Anschauung jeder Art die geeignetste Form. Da dem unmittelbaren Einblick des Gerichts in den Prozeßstoff aber nur als Mittel für eine bestimmt geartete Urteilsbildung Bedeutung zukommt, so ist nicht weniger und zugleich aber auch von größter Wichtigkeit die Frage „Unmittelbar vor wem?". Wenn unmittelbare Betrachtung die Dinge sichtbarer und erfaßbarer macht, so liegt darin nur insoweit ein Wert, als das Wahrnehmungsvermögen des Betrachtenden das durch Unmittelbarkeit erkennbar oder deutlicher Gewordene auch wirklich zu erkennen vermag. Unmittelbarkeit ist als Wahrnehmungsprinzip nur soweit von Bedeutung als das

[189]) Rosenberg, DIZ. 1931, 50, weist mit Recht darauf hin, daß es keineswegs feststeht, daß die Ziviljustiz in ihrer gegenwärtigen Verfassung erheblicher staatlicher Zuschüsse bedarf. In Österreich sei das nicht der Fall. Nicht anders werde es aber wohl auch im Reich liegen.

Wahrnehmungsvermögen des Betrachters reicht. Für das Erkenntnisverfahren, welches der Prozeß seiner Bestimmung nach darstellt, kann es somit also keineswegs bedeutungslos sein, ob der Prozeß in irgend einem Stadium des Verfahrens, und sei es selbst das spätestmögliche, vor ein Dreimännergericht gestellt wird oder nicht. Nur weil zu wenig beachtet wird, daß es auf die Unmittelbarkeit des Verfahrens, nur sofern sie den Umständen nach in einer dem Klaggegenstand entsprechenden Weise ausnützbar ist, ankommt, erscheint es sonach möglich, daß die Verfechter der Unmittelbarkeitsmaxime die totale, in komplizierteren Sachen jedoch kaum adäquat auszunützende Unmittelbarkeit vor dem Einzelgericht der zwar nur partiellen, zufolge der besseren Gerichtsbesetzung aber in höherem Maße auswertbaren Unmittelbarkeit vor dem Mehrheitsgericht vorziehen.

Dieser Standpunkt würde also selbst dann unhaltbar sein, wenn der Prozeß, solange er nicht vor dem Mehrheitsgericht schwebt, gänzlich dessen Einfluß entzogen sein würde. Umso mehr ist er es natürlich angesichts der gegenteiligen Regelung des neuen Rechts, die dafür sorgt, daß das Verf.v.d.ER. nicht mehr ein gegenüber dem Kollegialprozeß hermetisch abgeschlossenes und abgekapseltes Verfahrensstück ist, welches ohne Rücksicht auf das Ganze des Rechtsstreits ein Eigenleben führen kann. Angesichts dieser Regelung läßt sich jedenfalls weniger als nach dem Recht von 1924 im Namen der Unmittelbarkeitsmaxime mehr oder minder weitgehend Beseitigung des durch einzelrichterliche Vorbereitung rationalisierten Kollegialprozesses fordern, wofern man nur nicht von einer irrtümlichen Vorstellung von der Bedeutung der Unmittelbarkeit als einem Gut „an sich" ausgeht.

§ 23.

2. Rationalisierung des Kollegialprozesses durch Vortermin.

Das Verf.v.d.ER. will als Rationalisierungsmaßnahme vornehmlich zwei Zwecken dienen: der Beschleunigung des Rechtsganges und der Entlastung des urteilsgerichtlichen Verfahrens. Für die gleichen Ziele setzt das österreichische Zivilprozeßrecht u. a. das Institut des Vortermins ein. Das englische Recht sucht das Problem im typischen Prozeß vor der King's Bench Division mittels eines stoffbegrenzenden Vorbereitungsverfahrens, dem Verfahren vor dem Master, zu lösen, während die Schweizer Kantonalrechte sich in der Mehrzahl an das System schriftlicher Verfahrensvorbereitung halten. Die Gesetzgebungen nehmen in der Frage, durch welche Instrumente der Prozeßtechnik die sinnvollste Gliederung des Zivilprozesses zu erreichen sei, also eine auffallend verschie-

dene Haltung ein, was sich in der Hauptsache daraus erklärt, daß die Meinungen über Wert und Unwert bestimmter Prozeßmaximen je nach den Erfahrungen, die man mit ihnen wirklich oder angeblich gemacht hat — in den einzelnen Ländern stark auseinander gehen. So sind wir in Deutschland geneigt, in der Schriftlichkeit eine der Rechtsfindung wenig dienliche Vorbringens- und Verhandlungsform zu erblicken, während der englische Prozeß und eine ganze Reihe Schweizer Kantonalrechte bis in die neueste Zeit hinein mit diesem Prinzip besser auszukommen meinen und ebenso ist das Mißtrauen, welches bei uns Präklusivbestimmungen im allgemeinen entgegengebracht wird, dem englischen und dem österreichischen Recht in gleichem Maße fremd[189a]).

Für die Prozeßpolitik ist die Vielfältigkeit der gesetzlichen Lösungen natürlich von Nutzen. Sie wirkt als Warnung gegenüber der Neigung, den Standpunkt der eigenen Gesetzgebung oder eines Reformprojektes mehr oder minder zu verabsolutieren und hält von doktrinären Übertreibungen fern. Vor allem aber lassen die Tragweite eines Reformplanes und die Brauchbarkeit der Mittel, mit denen er arbeitet, sich einsichtiger beurteilen, wenn man berücksichtigt, mit welch anderen Veranstaltungen fremde Gesetzgebungen die gleiche prozeßpolitische Aufgabe zu bewältigen suchen. Nachdem die ausländischen Einrichtungen der deutschen Reform immer wieder als Vorbild empfohlen werden, mag es daher auch für das hier behandelte Fragengebiet von Nutzen sein, wenigstens in großen Zügen ein Bild von den entsprechenden Lösungen des ausländischen Prozesses zu entwerfen und Vorzüge und Nachteile dieser Regelungen kurz darzulegen.

Wir beginnen mit dem österreichischen Vortermin (österreichische ZPO. §§ 239 ff.)[190]). Dieser unterscheidet sich in mancher Hinsicht von unserem Verf. v. d. ER., obwohl er ebenfalls von einem einzelnen Richter durchgeführt wird und auch in ihm der Prozeß durch gerichtlichen Vergleich oder nicht-kontradiktorisches Urteil beendet werden kann. Der Vortermin dient einer wesentlich beschränkteren Aufgabe als das ER.-Institut. Er ist dazu bestimmt, die streitigen von den unstreitigen Prozessen auszuscheiden, welch letztere in ihm durch Erlaß eines Anerkenntnis-, Versäumnis- oder Verzichturteils Erledigung finden. Für die streitigen Sachen wird er dagegen nicht

---

[189a]) So beschränkt z. B. die österreichische ZPO. §§ 462, 482, 483 III ihr Berufungsverfahren auf das erstinstanzlich vorgetragene Tatsachenmaterial im Gegensatz auch zur novellierten Regelung des deutschen Rechts.

[190]) Vgl. Pollak, System des österr. Zivilprozeßrechts, 2., I S. 216 ff., II, 705 ff. u. Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, 1930 Bd. I, S. 65.

zur ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache[191]). Eine Erklärung des Beklagten über die Klagtatsachen ist in ihm nicht gestattet. Desgleichen ist dem Vorterminsrichter eine Erörterung des Sach- und Streitverhältnisses verwehrt. Das urteilende Gericht soll durch ihn nicht in der Verhandlung des Rechtsstreits zur Hauptsache entlastet werden. Dagegen bezweckt der Vortermin, das Gericht über die prozessualen Vorfragen zu informieren, weshalb der Beklagte gehalten ist, in ihm die prozeßhindernden Einreden, wo nötig, individualisiert geltend zu machen, und zwar bei Präklusionsgefahr, soweit dieselben verzichtbar sind. Verhandelt und entschieden über die vom Beklagten angemeldeten Einreden wird in der 1. Tagsatzung — wie der Vortermin mit einem süddeutsch-schweizerischen Ausdruck auch heißt, dagegen regelmäßig[193]) nicht. §§ 243 II, 260, 261 ö. ZPO.

In der großen Zahl der streitig werdenden Sachen, in denen prozessuale Punkte nicht zweifelhaft sind, beschränkt sich die Tätigkeit des Vorterminrichters darauf, die Frist für die Klagbeantwortung zu bestimmen. § 243 ö. ZPO. Davon abgesehen, daß der Vortermin nicht zur Verhandlung zur Hauptsache dient, unterscheidet sich das österreichische Institut vom Verf.v.d.ER. auch darin, daß der Vortermin zwar allein im Kollegialprozeß erster Instanz unerläßlich ist, nötigenfalls aber auch vor größeren Bezirksgerichten, die Einzelgerichte sind, stattfinden kann, daß er also nicht in jedem Fall eine Maßnahme zur Entlastung des Kollegiums, wie das ER.-Institut, und im Gegensatz zu letzterem auch häufig obligatorisch ist. Weiter ist kennzeichnend, daß im Gerichtshofsprozeß für den Vortermin kein Anwaltszwang besteht, was sich daraus erklärt, daß dieser nicht, wie das deutsche Vorbereitungsverfahren, mit der Sachverhandlung des Rechtsstreits den Anfang macht. In der ausschließlichen Anfechtbarkeit beim höheren Gericht stehen die Verfügungen und Entscheidungen des Vorterminrichters denen des deutschen ER.s gleich.

---

[191]) Nur im bezirksgerichtlichen Verf. ist eine streitige Verhandlung im Vortermin zulässig. § 440 ö. ZPO. in d. F. d. 5. Ger. Entl. nov.

[193]) Eine Ausnahme von der Regel besteht nur bezüglich des Mangels der Prozeßfähigkeit sowie der Legitimation der Vertreter, über welche Einwendungen der Vorterminrichter erforderlichenfalls verhandelt und entscheidet. Ist die Zuständigkeit des Gerichts zweifelhaft, so kann der Einzelrichter von amtswegen Ermittlungen über die Unzuständigkeit anstellen, und wenn eine durch Parteivereinbarung nicht zu beseitigende Unzuständigkeit vorliegt, bei der Tagsatzung die Klage deswegen zurückweisen (IM. zu 239, P.3). Im übrigen darf der Vorterminsrichter entscheiden über den Antrag auf Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, über den Antrag auf Gestattung einer Klagänderung sowie über richterliche Stundung, wenn der Schuldner bei der ersten Tagsatzung unter Anerkennung des Klaganspruchs solche begehrt (§ 1, Abs. 7, Stundungsverordnung). Außerdem ist der Vorterminsrichter befugt, die Sache an das zuständige, vom Beklagten namhaft zu machende Gericht zu überweisen (VI. Gerichtsentlastungsverordnung, Art. III, Z. 6). Vgl. hiezu Pollak sowie Sperl, a. a. O.

Die Zweckmäßigkeit des Vortermins ist keineswegs unbestritten[194]). Es ist zwar gewiß nützlich, dem Gericht von vornherein gewisse Klarheit darüber zu verschaffen, ob es überhaupt zu eigentlicher Verhandlung des Rechtsstreits kommen wird. Werden die zahlreichen, durch gerichtlichen Vergleich Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil endenden Prozesse im Vortermin abgefangen, so braucht das Prozeßgericht bei der Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung und in dieser selber sich nicht mit Sachen zu befassen, die ohne kontradiktorische Entscheidung erledigt werden können. Das Gericht kann sich dann von vornherein ganz den streitigen Sachen widmen, was der Konzentration der mündlichen Verhandlung und einer beschleunigten Abwicklung der Prozesse zugute kommt. Auch ist es ein Vorteil der Tagsatzung, daß der erste Termin infolge der Beschränkung seines Inhalts in allen einlaufenden Sachen verhältnismäßig kurzfristig angesetzt werden kann, wodurch die nichtstreitigen Sachen, die einen raschen Termin brauchen, diesen erhalten. Auch als Vergleichstermin dürfte sich die Tagsatzung bewähren. Die Parteien werden, wenn sie ohne Anwalt im Vortermin erscheinen, vielfach vergleichsbereiter sein als im Prozeß mit Anwaltszwang. Dagegen unterliegt das Vorterminstitut, wenn der Prozeß kontradiktorisch wird, erheblichen Bedenken. In diesem Fall ist schon das Fehlen des Anwaltszwangs sicherlich für den Vortermin der höheren Instanzen im Hinblick auf die weitreichenden Präklusionswirkungen ein Mißstand. Es ist auch kaum zutreffend, vom Vortermin zu sagen, er entlaste das Spruchgericht insbesondere dadurch wirksam, daß er diesem die Behandlung der prozessualen Vorfragen abnimmt oder doch erleichtert; denn ob hierdurch Arbeitskraft des Kollegiums, die der beschleunigten Erledigung der Prozesse zugute kommen kann, in nennenswertem Umfange gespart wird, erscheint recht fraglich. Meistens erfahren die zu erhebenden prozeßhindernden Einreden im Vortermin lediglich eine gewisse Konkretisierung, nachdem es zur Entscheidung über diese im Vortermin, wie wir sahen, in den schwierigeren Fällen nicht kommt. Von einer wirksamen Entlastung des Prozeßgerichts könnte wohl auch nur dann die Rede sein, wenn die Verfahrenseinwendungen in der Prozeßpraxis eine weit größere Rolle spielen würden, als sie es in Wirklichkeit tun. So sicher die Erledigung prozeßhindernder Einreden ein in sich geschlossenes, sachlich zu sonderndes Gebiet richterlicher Tätigkeit darstellt und es für Reformpläne, die das Spruchgericht irgendwie ent-

---

[194]) Für den Vortermin u. a. Weiß, Rhein. Z. 1924, Sonderheft S. 99; Rosenberg, ZZP. 57, 310. „Daß wir die erste Tagsatzung nicht übernommen haben, beruht auf Unkenntnis oder Mißverständnis dieser Einrichtung". Gegen die Zweckmäßigkeit des Vortermins vor allem Scharfmesser, Gerichtshalle 1923, 6./7. Heft, S. 5. „Die erste Tagfahrt wurde zu einem schweren Hindernis der raschen Abwicklung des Prozesses".

lasten wollen, daher recht nahe liegt, das Prozeßgericht gerade dieser Tätigkeit ganz oder teilweise zu entheben, so wenig scheint mit einer derartigen Regelung eine praktisch ins Gewicht fallende Entlastung des Spruchgerichts erreichbar. Deshalb ist das Vorterminstitut auch schwerlich dadurch zu bessern, daß man seine Funktion auf dem Gebiet der Erledigung prozessualer Vorfragen erweitert, wie das in einem auf dem Deutschen Juristentag in Heidelberg empfohlenen Projekt, welches eine Annäherung des ER.-Instituts an den Vortermin vorschlägt, in Erwägung gezogen worden ist[195]). So beträchtlich, daß infolgedessen bedeutend nähere Verhandlungstermine angesetzt werden könnten, wirkt sich eine derartige Entlastung des Prozeßgerichts nicht aus. Vor allem aber krankt der Vortermin an dem Mißstand, daß in einfach und klar liegenden kontradiktorischen Klagsachen der erste Verhandlungstermin zweckwidrig hinausgezögert wird, da der Vortermin seiner unrationellen Begrenzung wegen die alsbaldige streitige Verhandlung versperrt[196]).

Die erste Tagsatzung, die als Klagsichtungs- und als Vergleichstermin dasselbe leistet wie die erste Verhandlung vor dem deutschen ER., stellt, solange sie als Ordinationstermin in kontradiktorisch werdenden Sachen nicht zugelassen ist, im Rahmen eines konzentrationsbedachten Prozeßrechts eine unbefriedigende Maßregel dar und ist insofern dem Verf.v.d.ER. unterlegen. Bestreitet der Beklagte, und sei es noch so offensichtlich in unbegründeter Weise, aus Irrtum oder aus Böswilligkeit, um die Verurteilung hinauszuzögern, so führt der Vortermin zur Verfahrensverschleppung. Der Beklagte, der sich im Vortermin nicht zu den Klagtatsachen zu äußern hat, weil in diesem noch nicht verhandelt wird, kommt durch die einfache Erklärung „ich bestreite den Klaganspruch" ohne weiteres in den Genuß einer längeren Frist zur Klagbeantwortung.

Was der Vortermin seiner Anlage nach nicht leisten kann, der Abwicklung des Verfahrens einen kräftigen Impuls zu verleihen, sucht der österreichische Prozeß allerdings wettzumachen durch die Behandlung, welche die im Vortermin zu bestimmende Klagbeantwortungsfrist gefunden hat. Bei Nichteinhaltung derselben wird auf Antrag des Klägers binnen 8 Tagen ohne mündliche Verhandlung Versäumnisurteil erlassen § 398 ö. ZPO., gegen welches es nur Wiedereinsetzung

---

[195]) J.W. 1924, 1819, dagegen auch Volkmar a.a.O. 1824.

[196]) Es ist deshalb wohlbegründet, daß das 1886 von Wach in seiner Schrift „Die Zivilprozeßordnung und die Praxis" S. 37 ff. zuerst aufgestellte und der österreichischen Gesetzgebung im übrigen zum Vorbild gewordene Vorterminsprojekt die erste Tagsatzung (im Gegensatz zum heutigen österreichischen Recht) auch zum Ordinationstermin, zur streitigen Verhandlung bestimmt. Nur mit dieser erweiterten Funktion kann der Vortermin für eine konzise Verfahrenserledigung fruchtbar werden.

oder Berufung gibt. Sehr urteilsbeschleunigend scheint aus gleich zu erwähnenden Gründen jedoch auch diese Ordnung nicht zu wirken. Wenn die obligatorische, streng gesicherte Klagbeantwortungsfrist auch dem deutschen Gesetzgeber neuestens als vorzügliche Konzentrationsmaßnahme empfohlen worden ist[197]) mit dem Bemerken, daß sie zusammen mit den richterlichen Befugnissen des § 236 E. auch ohne Vortermin, schon ausreiche, eine straffe Prozeßführung zu gewährleisten und das Verf. v. d. ER. zu erübrigen, so wird man diesem Vorschlag daher nicht zustimmen können.

Die besondere Behandlung der Klagbeantwortungsfrist im österreichischen Recht erklärt sich daraus, daß nach § 244 ö. ZPO. erst nach Eingang der Klagbeantwortungsschrift Termin zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits angesetzt wird. Weil die Inangriffnahme der gerichtlichen Erledigung des Prozesses, vom Vortermin abgesehen, die Klagbeantwortung zur Voraussetzung hat, besteht erhöhtes Interesse an möglichst genauer und wirksamer Festlegung der Zeit für die im Verfahrensbetrieb wichtige Klagerwiderung. Macht man aber schon einmal schriftsätzliche Vorbereitung zur Voraussetzung des ersten Verhandlungstermins, so wird man von dieser auch eine gewisse Ergiebigkeit erwarten. So geht denn auch die österreichische Regelung davon aus, daß es für den Erfolg der mündlichen Verhandlung auf die tunlichste Vollständigkeit der gewechselten Schriftsätze ankommt und diese Erwägung muß praktisch zu einer außerordentlich großzügigen Bemessung der Beantwortungsfrist führen, wodurch das Bedürfnis nach fester und wirksamer Begrenzung ebenso gesteigert, wie die Konzentrationswirkung sofort wiederum fraglich wird.

Außerdem handelt es sich um eine Frist, für deren Festsetzung im Vortermin dem Gericht noch die rechten Unterlagen fehlen, die allein auf Grund der Klagschrift, also bevor die vermutliche Entwicklung des Verfahrens voraussehbar ist, getroffen wird. Auch legt die Rücksicht darauf, daß an die Versäumung der Antwortsfrist so weittragende Folgen geknüpft sind, eine großzügige Bemessung derselben und Nachgiebigkeit gegenüber Verlängerungsanträgen nahe. Die eigentliche Grundlage der scharf sanktionierten Klagantwortfrist aber bildet doch natürlich die Veranstaltung des Vortermins, was die Erwägung zeigt, daß ohne Abhaltung eines Vortermins zwecks Ausscheidung der nicht-kontradiktorischen Prozesse das langwierige Verfahren der Prozeßvorbereitung im Parteiwege durch Schriftsätze garnicht durchführbar wäre. Dies übersieht Rosenberg[198]), wenn er vorschlägt, auch dann, wenn der Vortermin nicht übernommen werde, wenigstens die gerichtlich zu

[197]) Durch Rosenberg, ZZP. 57 S. 303 ff.
[198]) A. a. O. S. 311.

bestimmende obligatorische Klagbeantwortungsfrist mit den schweren Säumnisfolgen des österreichischen Rechts und die erst nach Eingang der Klagantwort erfolgende Terminansetzung — ins deutsche Recht aufzunehmen. Zur Absonderung der streitigen von den unstreitigen Sachen käme es in solchem Verfahren viel zu spät! Die lediglich auf Grund der Klagschrift außerhalb eines Vortermins erfolgende Bestimmung der Antwortsfrist würde zudem auf noch vagerer Grundlage beruhen und deshalb vielfach noch weniger endgültig festgesetzt werden können, als die im Vortermin bestimmte. Im übrigen ist Rosenbergs Vorschlag, welcher die richterlich beeinflußte Verfahrensvorbereitung, die dem ER.-Institut zugrundeliegt, durch Schriftsatzvorbereitung, also durch Instruktion des Prozesses im Parteiwege — allenfalls ergänzt durch außerterminliche richterliche Verfügungen — ersetzen will, aber auch als unzeitgemäß abzulehnen.

Der Angleichung des deutschen Rechts an die österreichische Ordnung steht also entgegen, daß die 1. Tagsatzung als Termin, der nicht zur streitigen Verhandlung werden und daher auch nicht, wo das nötig wäre, die Sache zur alsbaldigen Erledigung durch kontradiktorisches Urteil in einem nahen neuen Termin vorbereiten kann, konzentrationshemmend wirkt und unannehmbar ist. Die vorgeschlagene Zurückstellung des ersten Verhandlungstermins in die Zeit nach Eingang der Klagantwort auf der Grundlage der Übernahme der österreichischen Klagantwortsfrist mit den schweren Säumnisfolgen aber muß abgelehnt werden, weil:

1. diese Regelung von der Durchführung eines in dieser Begrenzung, wie wir sahen, unzweckmäßigen ersten Termins zur Scheidung der kontradiktorischen von den nichtstreitigen Sachen, vom sog. Vortermin abhängig ist. Denn wird ein solcher nicht abgehalten, so wäre eine kurz bemessene Frist nötig, um die nichtkontradiktorischen Sachen nicht zum Schaden des Klägers zu spät abzufangen. Die sonach benötigte Kürze der Frist aber würde wiederum den Zweck, eine ausgiebige Vorbereitung des Verfahrens zu ermöglichen, vereiteln.
2. eine beschleunigte Prozeßerledigung von der Beteiligung des Gerichts an der ersten Verfahrensvorbereitung, von einer alsbaldigen mündlichen Verhandlung, die häufig langwierige schriftliche Ausführungen und deren Vorarbeiten erübrigt und eine fehlgehende wie unehrliche Einrichtung des Prozesses durch die Parteien hintanhält — den größten Nutzen hat;
3. die notwendig lang zu bemessende Antwortsfrist mit der Möglichkeit gerichtlicher Verlängerung dem böswilligen Beklagten ein Instrument zur Prozeßverschleppung geradezu anbietet,

4. aber auch die Folgen der Versäumung der Antwortsfrist ungerechtfertigt schwere sind, es nicht unbedenklich erscheint, den Beklagten, der die Antwortsfrist versäumt, auf Antrag gleich mit dem Verlust der ganzen Instanz zu bestrafen[199]) und eine solche Regelung eine nicht wünschenswerte weitere Formalisierung des Verfahrensrechts bedeuten und dem Rechtsgefühl kaum entsprechen würde[200]).

Es besteht mithin kein Grund, den Standpunkt des geltenden Rechts, wonach Termin bereits nach Eingang der Klagschrift zu bestimmen ist, und des E.s, wonach eine Frist zur Klagbeantwortung im Landgerichtsprozeß vom Vorsitzenden zwar gesetzt werden kann, aber nicht muß (§ 462 I 2 E.) — deren Versäumung jedoch nur Nichtberücksichtigung des unentschuldigt verspäteten verzögerlichen Vorbringens zur Folge hat — zu revidieren und gewiß wäre von einer Änderung dieser Verfahrensgestaltung in der Richtung des österreichischen Rechts eine so durchschlagende Konzentrationswirkung, daß das Verf. v. d. ER. entbehrlich würde — auch im Hinblick auf die außerterminlichen gerichtlichen Vorbereitungsmaßnahmen nicht zu erwarten[201]). Zwar kommt es auch im Verf. v. d. ER. vom Säumnisfall abgesehen, gegen den Willen des Beklagten nicht zum Endurteil. Aber die mündliche Verhandlung führt den ER. doch unmittelbar in den Streitstoff hinein. Dieser erlangt Einsicht in die Motive der Parteien und kann den Geg-

---

[199]) Widerspruchsvoll erscheint, daß Rosenberg a. a. O. S. 281 im vorbereitenden Verfahren für Punktensachen, welches er, auch hierin im Einklang mit dem österreichischen Recht — zur Ergänzung des aus Österreich zu übernehmenden Normalverfahrens bei uns wieder eingeführt wissen will, bei Terminsversäumnis einer Partei die Norm des § 351 II a ZPO. für ausreichend hält, die doch gewiß eher zu entschuldigende Versäumnis der Klagerwiderungsfrist dagegen mit der harten Folge des Instanzverlustes belegen will.

[200]) Zu Unrecht geht Rosenberg a. a. O. von der Voraussetzung aus, das Zivilprozeßrecht brauche weniger als das materielle Recht auf das Rechtsempfinden Rücksicht zu nehmen. (Richtig R. Schmidt, Lehrb. I S. 7). Erscheint das Recht dem Nichtjuristen doch am greifbarsten im Prozeß, auf den sich darum auch die sachlich an andere Teile der Rechtsordnung gerichtete Kritik zunächst konzentriert. Zudem wird das beste materielle Recht als nicht befriedigend empfunden werden, wenn es sich in einem mit unverstandenen Härten durchsetzten Rechtsgang, der es dauernd zu vernichten droht, nur mühsam verwirklichen läßt.

[201]) Daß Rosenberg die dem österreichischen Regelverfahren inne wohnende Konzentrationskraft überschätzt, zeigt auch die Tatsache, daß diesem von vornherein für den Gerichtshofprozeß das vorbereitende Verfahren durch beauftragten Richter zur Seite gesetzt worden ist, welches nicht nur in Rechnungssachen und Vermögensauseinandersetzungen durchgeführt werden soll, sondern im Unterschied zum Punktenverfahren der alten deutschen ZPO. §§ 348 ff. zur typischen Entlastungsmaßregel ausgebaut worden ist und der Vorbereitung der Senatsverhandlung durch Ordnung des tatsächlichen Vorbringens und Aufnahme schwieriger und verzögerlicher Beweise dient. Nach Franz Klein, Der Zivilprozeß Österreichs, 1927 S. 212 hat die Praxis dieses Verfahren zunächst sparsam verwendet, nach und nach sei es aber

ner gegen unlauteres Verhalten schützen, indem er den Rechtsstreit gegebenenfalls schon nach dem ersten Termin in kürzester Frist zur Verhandlung und Entscheidung vor das Kollegium bringt. Während der österreichische Vorterminsrichter seiner Rechtsstellung nach gleichsam über dem Sachstreit schwebt, setzt der deutsche Zivilprozeß, dessen ER. zugreifen und den Prozeß vorwärtstreiben kann und soll, von allem Anfang an mit voller Energie ein, um den Parteien möglichst ohne Verzögerung den gesuchten Rechtsschutz zu verleihen.

§ 24.

3. Das Prinzip des stoffbegrenzenden Instruktionsverfahrens.

Das Gegenstück des Vortermins, der die Verhandlung vor dem Spruchgericht nicht merklich entlastet, ist das „stoffbegrenzende" Vorbereitungsverfahren, bei welchem der Rechtsstreit nach der Seite des tatsächlichen Vorbringens bereits vollständig fixiert, zur Verhandlung und Entscheidung ans erkennende Gericht gelangt. Das Vorbereitungsverfahren macht hier nicht nur den Anfang mit dem Sammeln des Prozeßmaterials, sondern ist bestimmt, der erschöpfenden, für das ganze Streitverfahren maßgebenden Produktion desselben zu dienen. Die Verhandlung vor dem Spruchgericht hat ausschließlich die Erledigung der vom Vorverfahren herausgestellten tatsächlichen Streitpunkte zum Gegenstand, neues Vorbringen in ihr ist ausgeschlossen.

Seit der gemeine Prozeß gezeigt hat, wie sich die natürliche Geräumigkeit des längere Zeit anhängigen Streitverfahrens für Parteivorbringen im Interesse eines durchsichtigen Verfahrensaufbaus in einfacher Weise dadurch begrenzen läßt, daß nur das während eines mehr oder minder großen Abschnitts des Verfahrens angeführte Tatsachenmaterial als Urteilsgrundlage anerkannt wird, hat sich die Verfahrenstechnik dieses so bequemen Kunstgriffs zur Gliederung des Streitmaterials trotz aller für eine richtige und vollständige Rechtsfindung in ihm gelegenen Gefahren immer wieder bedient. Wie ließe sich auch wirksamer der Verwirrung und Verwickelung des Prozeßstoffs steuern, zu der häufig auch nur das Bestreben der Parteien, es nicht so bald zur Entscheidung kommen zu lassen, führt, als durch Begrenzung der Kapazität des Verfahrens für den Streitstoff, durch die Einführung des Verbots, neues Prozeßmaterial

---

doch gebräuchlicher geworden und sei heute in Österreich als Konzentrationsmittel kaum zu entbehren. Rosenbergs Ansicht, daß durch die Übernahme des österreichischen Regelprozesses sowie des vorbereitenden Verfahrens in der auf Rechnungssachen u. a. beschränkten Gestalt des früheren deutschen Rechts unser Prozeß ausreichend konzentriert werde, erscheint mithin nicht gerechtfertigt.

bis zum Schluß der Verhandlung jederzeit beliebig nachzuschieben. Und je mehr einer Gesetzgebung daran liegt, das Spruchgericht ernsthaft zu entlasten durch vorgängige Sammlung des Streitmaterials, weil es für zweckmäßig gehalten wird, den Prozeßstoff schon nach rechtlichen Gesichtspunkten geordnet, in möglichst spruchreifem Zustand dem erkennenden Gericht vorzuführen, desto größer ist naturgemäß die Neigung, in der Ökonomisierung des Verfahrens noch einen Schritt weiter zu gehen und einen Verfahrensabschnitt zur ausschließlichen Sammlung und Sichtung des Prozeßstoffes zu bestimmen mit der Folge, daß das in diesem nicht geltend gemachte Vorbringen grundsätzlich ausgeschlossen wird. Eine solche Verfahrensgestaltung scheint jedenfalls auf den ersten Blick dem Ziel der einen Haupt-, Schluß- oder Endverhandlung vor dem erkennenden Gericht, welches im Anschluß an die Prozeßrechte, die grundsätzlich Laien an der Zivilrechtsprechung beteiligen, nunmehr in fast allen neueren Verfahrensordnungen angestrebt wird, am wirksamsten zu dienen. Im deutschen Recht sucht das ER.-Institut eine erschöpfende Vorbereitung des gesamten Streitstoffs vor der Befassung des erkennenden Gerichts mit diesem zu erzielen, dessen Tätigkeit tunlichst auf eine einzige Hauptverhandlung beschränkt wird. Dagegen verzichtet unser Recht wie auch der E. grundsätzlich auf jede Restriktion des Prozesses mittels Durchführung der Eventualmaxime[202]). Demgemäß ist die Zweiteilung unseres Verfahrens in ein einzelrichterliches und ein kollegialgerichtliches nur eine formelle. Sie zerstört nicht mit einer Zäsur die Einheit der mündlichen Verhandlung als Instrument der Beschaffung der Urteilsgrundlage.

---

[202]) Die Vorschriften welche im Interesse der Vorbringenskonzentration Zurückweisung von schuldhaft verzögerlich vorgebrachtem Prozeßstoff gestatten bezw. verlangen — ZPO. §§ 279, 283 II, 529 II, III E., §§ 261, 266 II 494 II, III — sind nicht, wie zuweilen angenommen wird, Ausfluß der Eventualmaxime, deren Wesen darin besteht, ein allgemeines Prinzip der Streitstoffeinführung zu sein und zwar dasjenige äußerster Vorbringenskonzentration, wie der gegenteilige Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung das äußerster Vorbringenserstreckung ist. Beide Prinzipien der Streitstoffproduktion können zum Zweck der Verfahrensverschleppung ihrer Eigenart entsprechend mißbraucht werden: durch übermäßige, nicht veranlaßte Stoffhäufung, bzw. durch Zurückhaltung des Vorbringens bis zu dem an sich äußerst zulässigen Termin. So wenig aber ein Verbot übermäßiger Stoffhäufung ein Abgehen von der Eventualmaxime und einen Einbruch in das System freier Vorbringensgestaltung bedeutet, so unrichtig ist es, Vorschriften zur Verhütung des Mißbrauchs der Vorbringensfreiheit bereits für Anwendungsfälle der Eventualmaxime zu erklären. Daß eine Vorschrift von der Art des § 279 ZPO. nicht unmittelbar das gesetzliche Prinzip der Vorbringensgestaltung zum Ausdruck bringt, sondern lediglich eine Schutzbestimmung für dasselbe darstellt, zeigt sich vor allem darin, daß sie unselbständig ist. Die von § 279 ZPO. aufgeworfene Frage des Verschuldens der Vorbringensverzögerung läßt sich nach dieser Vorschrift allein garnicht beurteilen, sondern verweist auf ein außerhalb dieser Bestimmung im Gesetz niedergelegtes Prinzip der Streitstoffeinführung als Maßstab. Bei der Prüfung der Verschuldensfrage

Die Parteien können vielmehr grundsätzlich bis zum Schluß der einheitlichen, vor dem ER. begonnenen und vor dem Kollegium fortgesetzten und beendeten mündlichen Verhandlung neues auf den Gegenstand derselben bezügliches Tatsachen- und Beweismaterial vorbringen.

Gegen diesen Verzicht auf Einschnürung unseres Prozesses mit den Mitteln der Eventualmaxime richtet sich nun die besonders im Hinblick auf das englische Recht am ER.-Institut geübte Kritik. Daß unser Verf. v. d. ER., was das Parteivorbringen anlangt, nicht eine abgeschlossene Urteilsgrundlage liefert, daß es nicht den Gegenstand des Prozesses endgültig abgrenzt und dem kollegialen Schlußverfahren eine ausschließlich maßgebende Basis schafft, hat ihm den Vorwurf eingetragen, es bedeute nur „eine zögernde Halbheit“[203]). Was den unter dem Eindruck des österreichischen Rechts stehenden Unmittelbarkeitsextremisten bereits als unverantwortliche Prozedur erscheint: Vorbereitung des Kollegialprozesses durch den weit- und eingehend verhandelnden ER., ist den Konzentrationsextremisten ein nicht genügend ausgenützter Schritt. Das Kampffeld der prozeßtechnischen Ideologien hat, wie man sieht, von seiner ursprünglichen Ausdehnung nichts eingebüßt. Auch heute noch stehen sich die prozeßpolitischen Grundhaltungen unvermittelt gegenüber, mit unveränderter Entschiedenheit die Fronten auch in der Auseinandersetzung um die künftige Gestaltung unseres Prozesses wiederum bildend.

Der Standpunkt des deutschen ER.-Instituts ist deshalb auch noch im Hinblick auf die prozeßtechnische Situation der Eventualmaxime nachzuprüfen und festzustellen, ob die dem ER.-verf. innewohnende Konzentrationskraft tatsächlich eine so geringe ist, daß die Zurückhaltung, die es verglichen mit dem System des präklusiven Vorbereitungsverfahrens übt, wirklich als Unfertigkeit und Schwäche ausgelegt werden darf.

Prozeßbegrenzende Verfahrensvorbereitung findet sich insbesondere im englischen Zivilprozeß, im dänischen Recht, sowie in einer größeren Zahl Schweizer Kantonalrechte. Sieht man von der graduellen Verschiedenheit der von den einzelnen Prozeßgesetzen verlangten Vorbringenskonzentration ab, so lassen sich zwei verschiedene Formen von der Eventualmaxime bestimmter Verfahrensgestaltung unterscheiden. Während die schweizerischen Rechte, soweit sie unter

---

ist davon auszugehen, daß in unserem Prozeß die Streitstoffeinführung sich nicht nach der Eventualmaxime, sondern dem Prinzip der Einheitlichkeit der Verhandlung regelt, welches durch den E. und die Novelle allerdings eine gewisse Modifikation bezüglich des tatsächlichen (nicht auch des Beweis-) Vorbringens durch das Vollständigkeitsgebot des § 228 III erfahren hat. — Über die wenigen Bestimmungen in der ZPO., die sich wirklich aus der Eventualmaxime erklären lassen, vgl. Rosenberg, 3. § 65 IV, 1.

[203]) Gerland, „Englische Rechtsprobleme und die Deutsche Zivilprozeßreform“. 1930, S. 11.

der Eventualmaxime stehen, die Sammlung des Prozeßstoffs in erster Linie durch einen Schriftenwechsel der Parteien zu erreichen suchen und nur dann, wenn auf diese Weise eine befriedigende genaue Feststellung der bestrittenen Tatsachen und Beweismittel nicht zu erzielen war, also nur subsidiär zu einer Verhandlung des Gerichtspräsidenten als Vorbereitungsrichters mit den Parteien führen — kommt es im Regelverfahren des ordentlichen englischen Zivilverfahrens nicht nur hilfsweise zu einer vorbereitenden mündlichen Verhandlung, zu einem Vorbereitungsverfahren im eigentlichen Sinn. Im englischen Verfahren gelangt im Regelfall, in dem der Antrag des Klägers auf Erlaß eines sogen. Summons for directions obligatorisch ist, der Prozeß ohne weiteres in ein Vorbereitungsverfahren vor dem Master, der einen Termin zur mündlichen Verhandlung mit beiden Parteien anberaumt und auf Grund dieser Verhandlung, nicht gebunden an Parteianträge, über die geeigneten Maßnahmen zur Vorbereitung des Prozesses befindet. Zu diesem Zweck kann der Master anordnen, daß ein Schriftsatzwechsel der Parteien innerhalb bestimmter, von ihm festgelegter Fristen stattfindet. Obligatorisch ist ein Schriftsatzwechsel jedoch nicht. Findet er statt, so ist er aber wie in den Schweizer Rechten stoffbildender und prozeßbegrenzender, nicht nur informatorischer Natur und schafft zusammen mit den Ergebnissen der Verhandlung des Vorbereitungsverfahrens, insbesondere etwaigen in dieser nachträglich zugelassenen Anführungen die unverrückbare Grundlage des Prozesses. Während die Schweizer Rechte, soweit ihnen die Eventualmaxime zugrunde liegt, ihren Prozeß also auf einem Schriftsatzwechsel der Parteien aufbauen und eine vorbereitende mündliche Verhandlung nur ergänzend und hilfsweise durchführen, steht im Mittelpunkt des englischen Rechtsstreits ein Vorbereitungsverfahren, das zur mündlichen Erörterung des Rechtsstreits mit den Parteien durch den Vorbereitungsrichter führt, woneben ein Schriftsatzwechsel jedenfalls nicht zwingend vorgeschrieben ist[204]).

Die Erscheinungsformen der Eventualmaxime in den Nachbarrechten sind nunmehr etwas näher anzusehen, um festzustellen, ob die Mißstände, zu denen das Präklusionssystem, das radikalste Formungsprinzip, welches die Prozeßtechnologie

---

[204]) Das dänische Recht nimmt in dieser Beziehung wohl eine Mittelstellung ein. Den in Betracht kommenden Schweizer Rechten ähnlich, sind Klagschrift und Klagantwort obligatorisch und stoffbildend. Werden sie nicht im ersten Termin bei Gericht vorgelegt, so kommt es zu Versäumnisfolgen. Mit diesem Termin aber nimmt ohne weiteres zugleich ein Vorbereitungsverfahren seinen Anfang. Dieses tritt gegenüber dem obligatorischen Schriftwechsel also nicht nur subsidiär in Funktion, wie es etwa im gleich darzustellenden Basler Recht ist. Dem englischen Recht entsprechend entscheidet alsdann das Gericht über die Notwendigkeit weiterer Schriftsätze in diesem vorb. Termin nach mündl. Vhdlg.

kennt, in den früheren deutschen Prozessen bekanntlich geführt hat, in den neueren Regelungen behoben oder doch abgeschwächt werden konnten. Im Anschluß hieran wird dann auf die Prozeßpolitik des Verf.s v. d. ER. zurückzukommen sein.

Von den schweizerischen Prozeßordnungen, in denen das stoffbegrenzende Vorbereitungsverfahren zunächst und überwiegend ein schriftliches ist, beruht die ZPO. von Basel-Stadt[205]) am unmittelbarsten auf dem gemeinen Recht. Sie stammt aus dem Jahr 1875, ist das Werk von Andreas Heusler und durch die im Jahr 1924 erfolgte Revision in den Grundlagen kaum berührt worden. Sie läßt das erstinstanzliche Verfahren vor dem Zivilgericht durch Einreichung einer Klagschrift anhängig werden, die ganz unter der Eventualmaxime steht, in der also auch die Eventualbegehren geltend zu machen und mit der alle schriftlichen Belege und Urkunden zugleich einzureichen sind. Die innerhalb einer durch den Gerichtspräsidenten bestimmten Frist anzufertigende schriftliche Klagbeantwortung hat neben einer erschöpfenden Angabe der Einredetatsachen, sich über Zulässigkeit und Erheblichkeit der vorgeschlagenen Beweismittel und Belege zu erklären, auch Eventualanträge und gegebenenfalls Widerklage zu stellen. Das grundsätzliche, strenge Verbot jeder Klagänderung und des Vorbringens neuer Tatsachen hat erst durch § 81 in der Fassung von 1924 eine geringe Abschwächung erfahren. Nach Eingang der Prozeßschriften ist vom Gerichtspräsidenten alles vorzukehren, um dem Gericht den Spruch am Tag der Verhandlung zu ermöglichen und zu diesem Zwecke ein Vorverfahren anzuordnen mit protokollarischer Einvernahme der Parteien, wenn die genauere Feststellung der bestrittenen Tatsachen und Beweismittel dies zu erfordern scheint. Die spätere Hauptverhandlung des Prozesses vor dem Kollegium, in der neues Vorbringen grundsätzlich ausgeschlossen ist, soll mit der Verlesung der Akten beginnen, die in der Praxis aber längst ersetzt ist durch die an sich nur ausnahmsweise zugelassene Lesung der Akten durch die Richter im Weg der Zirkulation. Die Hauptverhandlung beginnt in der Praxis sonach regelmäßig mit der Zeugeneinvernahme.

Heusler, der Verfasser der Basler ZPO., hat mit Nachdruck das Vorherrschen des Laienelements im Kollegium des Zivilgerichts gerühmt, das einer praktischen und ungekünstelten Sachauffassung den Weg bereite[206]). Von der grundsätzlichen Seite der Frage hier abgesehen, wird man sich angesichts der Basler Prozeßgestaltung aber doch fragen müssen, wie das Laienelement sich im Spruchgericht soll durchsetzen können,

---

[205]) Darüber Heusler, Der Zivilprozeß der Schweiz, 1923, insbes. S. 75 ff.; Fritzsche, in Leske-Löwenfeld „Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr" I (2). 1930. S. 232.

[206]) A. a. O. S. 4/5.

wenn die mündliche Verhandlung eine dermaßen verkümmerte ist, daß in ihr nicht der gesamte Prozeßstoff systematisch dem Gericht vorgeführt wird, wenn die aktenmäßigen Grundlagen des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung nicht zum Vortrag kommen. In komplizierteren Fällen dürften Laienrichter auf Grund eines privaten Studiums der stoffüberhäuften Akten doch schwerlich immer in der Lage sein, den Prozeß geistig soweit zu beherrschen, daß sie nach Anhörung der Zeugen und den naturgemäß einseitigen Schlußvorträgen der Parteien ein verantwortliches Urteil fällen könnten. Hier aber liegt nun eine Situation, die die Basler Verfahrensgestaltung vor allem charakterisiert. Der mit Hilfe der Schrift formalisierte Basler Prozeß zeigt in aller Deutlichkeit und grundsätzlich, welch fragwürdige Garantin des Endverhandlungsprinzips dem ersten Anschein zuwider in Wirklichkeit die Eventualmaxime ist, weil sie im Grunde dahin führt, der Schlußverhandlung, soweit sie nicht der Beweiserhebung dient, ihre Produktivität zu nehmen und sie funktionell zu entwerten. Nur eine Erscheinung dieser allgemeineren Tendenz ist es, wenn Basel die maßgebende Information der Richter über die Prozesse durch das Studium der zirkulierenden Akten gestattet und diese Unsitte faktisch schließlich zur Regel werden läßt. In einem von der Eventualmaxime beherrschten Verfahren verlegt sich eben ganz von selbst das Interesse der Parteien und damit der Schwerpunkt des Prozesses in den zur Stoffsammlung bestimmten Verfahrensabschnitt, während die sich gegenständlich im endgültig geschlossenen Kreis des Aktenmaterials bewegende mündliche Verhandlung im wesentlichen zur Formsache wird und der Festgelegtheit des schriftlich aufgebauten Prozesses wirkliches Leben nicht mehr einhauchen kann. So versteht es sich denn auch, daß die mit der Eventualmaxime arbeitende Basler Gesetzgebung wenig Interesse an der Vollständigkeit der mündlichen Verhandlung hat und in eine Praxis einwilligen konnte, welche die Endverhandlung auf die Funktion eines Beweiserhebungs- und Plaidiertermins herabdrückt. Das Basler Recht ist also deutlicher Beweis dafür, wie die Eventualmaxime, die angeblich zur Konzentration des Streitstoffs auf die Schlußverhandlung nicht entbehrt werden kann, letzten Endes doch nicht zu jener einen, großen, vollständigen Streitverhandlung führt und eine schlechte Wegbereiterin für unmittelbare Mündlichkeit vor dem Spruchgericht ist. Zumindest für das Basler Prozeßrecht kann es also kaum zutreffen, wenn Heusler behauptet, der Schwerpunkt des Verfahrens liege in der Schweiz in der mündlichen Verhandlung[207]). Möglich, daß die präklusive schriftliche Verfahrensvorbereitung auch hier ursprünglich nur eine Sicherung der mündlichen Verhandlung vor berechtigten Vertagungswünschen der Parteien sein sollte.

[207]) A. a. O. S. 54.

Bei der Abneigung Heuslers gegen die Mündlichkeit, die ihn soweit führt, die Vorzüge derselben, wie sie von der deutschen Prozeßpolitik allgemein anerkannt werden, schlechtweg für „Redensarten" zu erklären[208]), spricht die größere Wahrscheinlichkeit aber dafür, daß in Basel von vornherein mit vollem Bedacht der Akzent auf die schriftlichen Verfahrensteile gelegt worden ist und in der Verkürzung der mündlichen Verhandlung mit Hilfe der Aktenzirkulation daher keineswegs eine nachträgliche Verfälschung der Absichten des Verfahrenssystems liegt.

Ähnlich weitgehend wie in Basel beherrscht in Neuchâtel die Eventualmaxime den Zivilprozeß[209]). In Waadt[210]) tritt das mündliche Vorbereitungsverfahren gegenüber dem präklusiven Schriftwechsel, der auch hier die Grundlage des Verfahrens ist, etwas mehr in den Vordergrund. Die audience préliminaire, zu der die Parteien persönlich zu erscheinen haben, dient sowohl der Bereinigung der Tatsachen (épuration des faits), als auch der Erklärung der Parteien über die Beweismittel und der Festsetzung derselben durch den Gerichtspräsidenten, dem appointement des preuves. Außerdem wird in der audience préliminaire die Beweisabnahme, die vor dem Spruchgericht erfolgt, dadurch vorbereitet, daß Urkunden eingereicht oder von Dritten beigezogen, und Sachverständige vom Präsidenten ernannt werden. Sind die Tatsachen nach den Schriftsätzen nicht bestritten und vom Beklagten auch keine neuen Tatsachen in der Klagantwort vorgebracht, oder besteht laut einer auf der Gerichtskanzlei eingereichten Erklärung über die beweisbedürftigen Tatsachen und Beweismittel Einigkeit zwischen den Parteien, so kann das Vorbereitungsverfahren wegfallen. Der Hauptverhandlung geht in Waadt ebenso wie in Basel eine Zirkulation der Akten bei den Richtern voraus. Sie führt ebenfalls nicht zur mündlichen Produktion des gesamten Prozeßstoffs vor dem Spruchgericht, sondern setzt mit der Beweiserhebung ein. In Genf[211]) befindet das Gericht in der audience d'introduction darüber, ob eine instruction préalable stattfinden soll, die aber nicht einer mündlichen Erörterung des Prozesses dient, sondern in einem Austausch von Schriften zwischen den Parteien innerhalb richterlich festgelegter Fristen besteht. Ist eine instruction préalable erfolgt, so dürfen in der

---

[208]) S. 54. Heuslers Hochschätzung der Schriftlichkeit erklärt sich scheinbar aus der schlechten Erfahrung, die Schweizer Kantone mit überwiegender Landbevölkerung mit der Mündlichkeit gemacht haben. Der gemeine Mann stehe ohne Anwalt ratlos da und der Prozeß komme nicht vom Fleck, wenn schriftliche Aufzeichnungen ihn nicht nötigen, sich gleich von Anfang an zu beraten und über die Tragweite seiner Handlungsweise klar zu werden. A. a. O. S. 60.

[209]) ZPO. Neuchâtel, Art. 177, 189, 154, 175.

[210]) Fritzsche, a. a. O. S. 236.

[211]) Prozeßgesetz v. 1920. Fritzsche, a. a. O. S. 236.

Verhandlung keine anderen Dokumente verwendet werden als solche, von denen sich die Parteien bereits Kopien angeboten oder zugestellt haben.

Fragt man nunmehr, ob sich die Eventualmaxime in den Schweizer Regelungen als Instrument moderner Prozeßpolitik bewährt hat, so ist bezeichnend, daß man im Schweizer Rechtskreis selber überwiegend dieser Meinung nicht zu sein scheint, wie die Abkehr von der Eventualmaxime, welche die Kantonalgesetzgebung der letzten Jahrzehnte konsequent und mit großer Entschiedenheit vollzogen hat, zeigt. Deutlicher, als theoretische Darlegungen es vermöchten, dürfte es gegen den Wert der Eventualmaxime sprechen, daß die neuen Prozeßgesetzgebungen der Schweiz in voller Übereinstimmung es ablehnen, das Vorbereitungsverfahren zu einem besonderen Stadium definitiver stofflicher Grundlegung des Prozesses zu machen und darauf verzichten, die Parteien in der Disposition über den Streitstoff einzuengen. So soll nach der ZPO. des Kantons Uri aus dem Jahre 1928[212]) das sich an den vorbereitenden Schriftwechsel der Parteien u. U. anschließende Vorverfahren vor dem Gerichtspräsidenten nur der Feststellung des ganzen tatsächlichen Streitverhältnisses mit Inbegriff der Beweismittel und der Ausstellungsgründe gegen letztere dienen, ohne es aber den Parteien zu benehmen, auch in der Hauptverhandlung noch neue Tatsachen oder Beweise vorzubringen. Nur nach Schluß der sich an den Parteivortrag anschließenden Beweiserhebung ist neues Vorbringen ausgeschlossen. Die Verfahrensordnung des Kantons Thurgau von 1928[213]) sieht ein schriftliches Vorbereitungsverfahren nur in den Prozessen, die durch Berufung ans Bundesgericht gebracht werden können, vor, verwehrt es aber ebenfalls den Parteien keineswegs, Tatsachen und Anträge, die in den Prozeßschriften nicht enthalten sind, noch nachzubringen. Auch das Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Schaffhausen von 1928[214]) gestattet den Parteien, ihre Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung zu ergänzen und zu berichtigen. Desgleichen hat Zürich in seiner ZPO. von 1913[215]) eine Beschränkung des Rechtsstreits auf den vor der Hauptverhandlung vorgebrachten Prozeßstoff abgelehnt, was bei dem betonten Interesse dieser Verfahrensordnung am Mündlichkeitsprinzip nur konsequent ist. Da die vielfach einem Verzicht auf die nach Lage des Falles erschöpfende Kognition gleichkommende Eventualmaxime von Grund auf unvereinbar erscheint mit einem Prozeß, der eine dem materiell Richtigen möglichst nahekommende Rechtsfindung auch in Zivilsachen anstrebt und die völlige Aufklärung der Tatbestände nötigen-

---

[212]) Fritzsche in Z. ausl. i. PR. 1929, S. 613.
[213]) Fritzsche a. a. O., S. 620.
[214]) Fritzsche a. a. O., S. 625.
[215]) Fritzsche in Leske-Löwenfeld, I (2). 1930, S. 238.

falls sogar mittels Beweisverfügungen ex officio dem Gericht zur Pflicht macht, steht die von diesem Kognitionsideal ausgehende Berner ZPO. aus dem Jahre 1918[216]) ihr gleichfalls denkbar fern.

Der Hinweis auf die Schweizer Rechte ist also kaum geeignet, die Eventualmaxime uns neuerdings nahezubringen, wenn sie auch in den Prozessen einiger Kantone noch immer eine beherrschende Stellung inne hat. Umso unverwandter richtet sich der Blick der Reformer, die die Eventualmaxime zurückerobern wollen, nach England als dem Großstaat, der sich auch heute noch in weitgehendem Maß dieses Konzentrationsmittels bedient. Die Einrichtungen des englischen Zivilprozesses erschienen für viele deutsche Betrachter lange Zeit in der Glorie besonderer Vollkommenheit, weshalb es denn wie eine Entzauberung dieses Prozesses als ideales Vorbild für alle möglichen Reformprojekte wirken mußte, daß die englische Gesetzgebung im Jahre 1932 genötigt war, auf Kosten jener altbewährten und vielgelobten Verfahrensgrundsätze einen rascheren und billigeren Sonderprozeß zu schaffen[217]). Mit dem kennzeichnenden Versuch, die scharf durchgeführte Zweiteilung des englischen Verfahrens im Interesse der Verfahrenskonzentration aufzulockern und den englischen Prozeß insoweit der Grundform des kontinentalen Verfahrens anzunähern — weist die neue Regelung zugleich aufs sichtbarste auf die Problematik der regelmäßigen Gestaltung des englischen Verfahrensaufbaus hin. — Der englische Regelprozeß, der richterliche Vorbereitung der Entscheidung des Urteilsgerichts und Eventualmaxime als Konzentrationsmittel vereinigt, ist im folgenden nunmehr etwas genauer zu betrachten, um über die Bedeutung des als besonders konzentrationskräftig empfohlenen englischen Master-Verfahrens bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit des deutschen ER.-Instituts klarzusehen.

Das Regelverfahren des ordentlichen englischen Zivilprozesses[218]), das vor des King's Bench Division des High Court, zerfällt in zwei scharf gesonderte Abschnitte: in ein Verfahren zur Vorbereitung der mündlichen Hauptverhandlung unter richterlicher Leitung des Masters und in ein Entscheidungsverfahren vor dem erkennenden Gericht, in dessen Mittelpunkt die mündliche Hauptverhandlung, the Trial steht. Erklärt der Beklagte seine Einlassung, womit er sich der Gerichtsbarkeit des Gerichts unterwirft, so ist der Kläger, abgesehen von dem Fall, daß ein writ with special indorsement, eine

---

[216]) Fritzsche, a. a. O. S. 234.

[217]) Rules of Supreme Court (New Procedure) 1932 vom 23. IV. 1932, Z. ausl. i. PR. 1933. S. 316.

[218]) Vgl. dazu Koellreutter, Richter und Master 1908, S. 30 ff. Gerland, Englische Gerichtsverfassung, 1910. S. 369 ff. sowie Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozeßreform 1930, S. 10 ff., auch Curti, Englands Zivilprozeß, 1928. S. 9. u. a.

Klageinleitungsschrift mit Angabe des klagbegründeten Tatbestandes zugestellt wurde — um den Prozeß weiterbetreiben zu können, darauf angewiesen, daß der richterliche Hilfsbeamte des Gerichts, der Master, für das weitere Verfahren bis zur mündlichen Hauptverhandlung vor dem Gericht prozeßleitende Verfügungen, directions, erläßt. Der Kläger hat vom Master ein sogenanntes Order for directions zu erwirken. Stellt der Kläger nun das Gesuch, die zur Vorbereitung der Hauptverhandlung erforderlichen Verfügungen zu erlassen, so bestimmt der Master einen Termin zur mündlichen Verhandlung mit den Parteien und erörtert in diesem den Rechtsstreit mit ihnen, um festzustellen, in welcher Weise die mündliche Verhandlung vorbereitungsbedürftig ist, wie sich also das Verfahren abwickeln soll. Dabei entscheidet der Master nach freiem Ermessen, selbst an übereinstimmende Parteianträge nicht gebunden, mit welchen Mitteln der Prozeß am zweckmäßigsten zur Hauptverhandlungsreife zu fördern ist, ob Schriftsätze gewechselt, Urkunden eingesehen, Zeugen bereits vor der Hauptverhandlung vernommen werden sollen u.s.f., und erläßt verbindlich für die Parteien seine Anordnungen zur Vorbereitung der Hauptverhandlung in einer Order for directions. Die Herrschaft über den Prozeßbetrieb geht mithin im Vorbereitungstermin auf den Master über. Im Interesse der Verfahrenskonzentration sollen die prozeßleitenden Verfügungen des Masters auf Grund des ersten Vorbereitungstermins alsbald möglichst erschöpfend erlassen werden und die Route des Verfahrens von vornherein möglichst vollständig festlegen. Dieses Ziel läßt sich aber naturgemäß nicht immer erreichen. Der Tatbestand des Prozesses kann sich während des Verfahrens verschieben, sodaß getroffene Anordnungen unzweckmäßig, und andere nötig werden. Infolgedessen ist den Parteien die Befugnis eingeräumt, jederzeit Anträge auf weitere Prozeßanordnungen an den Master zu richten, über welche dieser wiederum nach freiem richterlichem Ermessen ohne oder nach mündlicher Verhandlung entscheidet[219]). Die Machtvollkommenheit des Masters im Prozeß beschränkt sich aber nicht auf das mit großen Vollmachten ausgestattete Prozeßleitungsamt als Vorbereitungsrichter, kraft dessen er über Fristen und Termine verfügt, wie auch die materielle Abwicklung des Verfahrens so weitgehend bestimmen kann, daß in ihr schon ein guter Teil Entscheidungsgewalt liegt. Der Master hat unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbare Urteilsgewalt. So kann er bereits im ersten Vorbereitungstermin eine Klage, die er für gänzlich unbegründet oder schikanös hält, abweisen und kann dies auch in einem späteren Termin noch tun, wenn der Kläger die klagbegründen-

[219]) Daß die Ergänzungsanträge den Hauptzweck der summons for directions, nämlich Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens ziemlich illusorisch machen, bemerkt mit Recht Koellreutter a. a. O., S. 51.

den Tatsachen nicht rechtzeitig spezialisiert. Hält der Master die Verteidigung des Beklagten für gänzlich unbegründet oder schikanös, so ist er auch befugt, das Streitverhältnis durch Verurteilung des Beklagten zu beenden. Der Master erläßt weiter auch Anerkenntnisurteile sowie Anerkenntnisverfügungen über die Echtheit einer Urkunde oder die Wahrheit einer Tatsache, sowie die außerhalb der Hauptverhandlung ergehenden Versäumnisurteile. Durch Unterwerfung können die Parteien schließlich auch Zuständigkeit des Masters, den ganzen Rechtsstreit allein zu entscheiden, begründen. — Sämtliche, auch die Zwischenentscheidungen des Masters unterliegen aber der Berufung an das (bei der gleichen Gerichtsbehörde gebildete) mit einem Richter besetzte Chambergericht[220]).

Zur Vorbereitung des Prozesses wird der Master auf Grund seiner Prozeßleitungsgewalt einen Schriftenwechsel zwischen den Parteien dann anordnen, wenn eine nähere Feststellung des Klaganspruchs, der klag- und einredebegründenden Tatsachen erforderlich scheint. Zweck dieser Pleadings ist es neben der Herbeischaffung des Prozeßstoffes also insbesondere, den Streit abzuklären durch Sichtung des tatsächlichen Streitstoffs und das zwischen den Parteien streitig Bleibende und zu Beweisende, das sogen. issue klar herauszustellen. Die Schriften sind in der zugelassenen Zahl in den vom Master bestimmten oder mangels Bestimmung innerhalb der in den Rules of Court festgesetzten Fristen auszutauschen. Der Master kann die Fristen erstrecken, was auch durch schriftliche Parteivereinbarung möglich ist. Der Schriftsatzwechsel selber aber erfolgt zwischen den Parteien unmittelbar. Der Master nimmt vom Inhalt eines Schriftsatzes regelmäßig nur dann Kenntnis, wenn die gegnerische Partei beantragt, denselben ganz oder zum Teil für unwirksam zu erklären, „to strike it out". Erscheinen nämlich Teile eines Schriftsatzes überflüssig, skandalös oder unwesentlich oder ist ein Schriftsatz geeignet, eine korrekte Durchführung der Hauptverhandlung (a fair trial of the action) zu beeinträchtigen, zu hindern oder hinauszuschieben, so ist der Master auf Antrag oder auch von Amts wegen befugt, den Schriftsatz ganz oder teilweise für unzulässig zu erklären oder eine Ergänzung oder Verbesserung desselben anzuordnen. Der Master ist berechtigt, einen Schriftsatz z. B. deshalb zu streichen, weil er zu unbestimmt oder zweideutig ist, aber auch, weil der Partei die Legitimation fehlt[221]), die vorgelegte Klage oder Klagantwort einzureichen. Da vom Master für unzulässig erklärte Tatsachenanführungen ohne weiteres aus dem Prozeß ausscheiden und garnicht erst zur Verhandlung im Haupttermin

---

[220]) Gerland, Engl. Geri.verf. S. 325, 326; Curti, S. 6, 9. Die Berufung gegen eine Entscheidung des Masters hat keine Sistierung des Verfahrens zur Folge.

[221]) Curti, a. a. O. S. 91.

vor dem Prozeßgericht gelangen, kommt dem Master ein kaum zu überschätzender direkter Einfluß auf die materielle Gestaltung des Verfahrens, auf die Konkretisierung der in der Hauptverhandlung zu erledigenden Streitpunkte und damit auf Gegenstand und Inhalt des Endurteils zu.

Ordnet der Master, wie es regelmäßig geschieht, einen Schriftsatzwechsel an, so ist dieser für das Verfahren von grundlegender Bedeutung. Denn die Parteien können grundsätzlich nur während des Vorverfahrens und vielfach auch dann nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Masters von den pleadings abweichen, in der Verhandlung vor dem urteilenden Gericht aber grundsätzlich überhaupt nicht mehr. Die Schriftsätze stehen mithin unter der Eventualmaxime. Sie binden die Parteien und tragen insofern prozeßbestimmenden und prozeßbegrenzenden Charakter. Die Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht, die öffentlich in open court, je nachdem vor einem urteilszuständigen Richter oder vor dem aus Richter und einer Jury zusammengesetzten Gericht stattfindet — beschränkt sich auf die Erledigung der in den Schriftsätzen bereits herausgearbeiteten Streitpunkte, wickelt sich also im Rahmen des vom Vorverfahren festgelegten Verhandlungs- und Entscheidungsprogramms ab[222]).

Sie beginnt mit dem Vortrag der in den pleadings niedergelegten klagbegründenden Tatsachen durch den Kläger, dem im Anschluß hieran für die Tatsachen, bezüglich deren er die Beweislast trägt, die Beweisführung obliegt. Darauf folgt Vortrag und Beweisführung des Beklagten. Beweismittel, die in genügendem Maß für die Hauptverhandlung präsent zu halten. Sache der Parteien ist, sind Zeugen, Sachverständige und Urkunden. Die Beweise werden im englischen Prozeß also regelmäßig in voller Unmittelbarkeit vor dem erkennenden Gericht erhoben.

Der kurze Überblick über den Aufbau des englischen Zivilprozesses zeigt folgende wichtigen Verschiedenheiten zwischen dem englischen und dem durch das Verf.v.d.ER. vorbereiteten deutschen Rechtsgang: Dem Masterverfahren kommt die Aufgabe zu, den Prozeß durch Festlegung des Streitstoffs in abschließender Weise zu konkretisieren. Der Master ist das Gericht der Prozeßgestaltung, wogegen das Gericht, welches die Entscheidung trifft, im großen und ganzen ausschließlich das der Urteilsfindung und des Urteilsspruchs ist. Das Verfahren vor dem Master stellt zur Entschei-

---

[222]) Eine Erweiterung oder Einschränkung des vom Vorbereitungsverfahren für den Prozeß aufgestellten Jurisdiktionsplanes durch das Spruchgericht in der mündlichen Verhandlung durch Gestattung nachträglichen Abgehens von den Schriftsätzen ist zwar möglich. Eine Änderung von wesentlichem Parteivorbringen in der Hauptverhandlung wird aber grundsätzlich nicht zugelassen.

dung, das Spruchgericht trifft diese auf Grund einer mündlichen Verhandlung. Der Master ist also streng genommen nicht Hilfsorgan des Spruchgerichts. Es ist nicht so, daß der Master dem Spruchgericht in der Erledigung einer an sich diesem obliegenden Aufgabe zur Seite steht, daß er eine an sich oder wenigstens auch dem Spruchgericht zukommende Funktion teilweise versieht. Die Beseitigung der Einheit des richterlichen Geschäftskreises durch Zuständigkeitsaufteilung ist dem englischen Verfahren vielmehr Strukturprinzip. Die Zuständigkeit des Masters schließt die des Richters in gewisser Beziehung aus[223]). Dagegen ist der deutsche Vorbereitungsrichter nicht mit einer ihm an sich ausschließlich eigenen Funktion betraut, sondern im eigentlichen Sinn Hilfsorgan des Kollegiums, nur berufen, das Prozeßgericht bei der Erfüllung der diesem grundsätzlich verbliebenen Aufgabe, die Entscheidung vorzubereiten, zu entlasten, wenn kollegiale Vorbereitungshandlungen während der Anhängigkeit eines Vorb.verf.s auch nicht statthaft sind.

Diese Verschiedenheit der Zuständigkeitsverhältnisse des Masters und des deutschen ER.s erscheint als Folge davon, daß im englischen Verfahren die Eventualmaxime herrscht und das Masterverfahren innerhalb des Prozesses funktionell verselbständigt, während im deutschen Recht die genauere Fixierung des Prozesses, die Festlegung des Streitgegenstands, als etwas, das mit der Verhandlung des Rechtsstreits in dauerndem, unlösbarem Zusammenhang steht, auch nicht durch Beschränkung auf einen bestimmten Teil der Verhandlung verfahrensmäßig isoliert ist. Das Verf.v.d.ER. führt deshalb wohl faktisch zu einer Zweiteilung des Prozesses, es grenzt sich aber nicht mittels der Eventualmaxime innerhalb des Prozesses zu einem funktionell selbständigen Verfahrensabschnitt ab, wie das zugleich und überwiegend als Instrument der Gliederung des Streitstoffs anzusprechende Masterverfahren.

Dem englischen Verfahren ist weiter eigen, daß ein persönlicher Zusammenhang zwischen Vorbereitungsrichter und Spruchgericht nicht besteht. Während in Deutschland nur ein Mitglied des Prozeßgerichts ER. sein kann und in der Schweiz das Instruktionsverfahren vom Präsidenten des erkennenden Gerichts abgehalten wird, kann der Master niemals als Richter der Endentscheidung auf Grund öffentlicher Gerichtssitzung, eines trials, den Prozeß aburteilen[224]) oder wenn eine Jury zugezogen wird, Vorsitzender des Spruchgerichts sein. Diese Regelung ist von großer Bedeutung. Sie führt dahin, daß der Master seine prozessuale Aufgabe völlig selbständig wahrnehmen

---

[223]) Gerland, Engl. Gerichtsverfassung, S. 339.

[224]) Gerland, Englische Gerichtsverfassung, S. 378.

wird und nicht als Funktionär des Prozeßgerichts. Und diese Tatsache erst zeigt das spezifische Gewicht, welches der Geltung der Eventualmaxime im englischen Recht zukommt. Denn zweifellos wirkt sich die Eventualmaxime verschieden aus, je nach der Gestaltung der Zuständigkeitsverhältnisse. Es ist in der praktischen Wirkung etwas grundsätzlich anderes, ob der für erschöpfendes Vorbringen der Parteien bestimmte Prozeßabschnitt unter der Leitung des auf Grund nachfolgender Verhandlungen und Beweiserhebungen allein erkennenden Richters steht oder ob er unter der Aufsicht nur eines von mehreren Richtern, die das Spruchgericht bilden, stattfindet. Im ersteren Fall ist der Vorbereitungsrichter in der Lage, die Parteien anzuregen, alles, was nach seinem vorläufigen Urteilsprogramm wesentlich ist, rechtzeitig vorzubringen. Nicht mehr so günstig ist die Situation der Parteien, wenn der Vorbereitungsrichter Mitglied des Richterkollegiums ist, bei dem der Spruch liegt. Am schärfsten aber äußert sich die Eventualmaxime, wenn ein das Spruchgericht weder bildender, noch diesem angehörender Richter den für das Parteivorbringen präklusiv bestimmten Verfahrensteil leitet. Denn dann besteht keinerlei Gewähr dafür, daß die Parteien die Zeit, die ihnen für tatsächliche Anführungen und die Klärung diesbezüglichen Streits in Schriftsätzen gelassen ist, im Sinn der Ansicht des Urteilsgerichts richtig und rationell verwenden. So liegt der Fall im Masterverfahren, in dem die Eventualmaxime außerdem noch deshalb von besonderer Strenge ist, weil der vom Spruchgericht verschiedene Vorbereitungsrichter eine ungewöhnlich umfassende Prozeßleitungsgewalt besitzt, kraft deren er nicht nur die Wahl der einzelnen Vorbereitungshandlungen trifft, Schriftsatzwechsel anordnet u.s.f., sondern, wie gezeigt, sogar tatsächliches Vorbringen für unwirksam erklären kann. Daß es aber alles andere als einen Vorteil für die Parteien bedeutet, wenn das qualifizierte Hauptgericht grundsätzlich von der Entscheidung darüber, welche Punkte nach Lage des Falles streitwesentlich sind und damit von der Verantwortung für ein wichtiges Stück richterlicher Tätigkeit entbunden wird, versteht sich. Und so ist es für die Parteien denn auch nur ein schwacher Trost dafür, daß die Eventualmaxime ihre Wirkung durch die Verschiedenheit des bei der gleichen Gerichtsbehörde gebildeten Vorbereitungs- und Spruchgerichts vertieft, wenn ihnen wenigstens ein Berufungsrecht gegen die prozeßleitenden Anordnungen des Masters zusteht.

Gemeinsam haben das englische und das deutsche Vorbereitungsverfahren dagegen, daß in beiden eine urteilsmäßige Erledigung des Prozesses statthaft ist mittels Entscheidung über prozessuale Punkte und durch Versäumnis- und Anerkenntnisurteil, wenn auch in dieser Beziehung die Befugnisse des Masters weitergehende sind. Auch darin besteht eine Gemeinsam-

keit, daß in beiden Prozeßrechten eine Zuständigkeit des Vorbereitungsrichters zur Endentscheidung durch Parteivereinbarung geschaffen werden kann.

Stellt man nunmehr die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Gestaltung des englischen Prozesses, insbesondere, ob derselbe Garantien für den Erfolg des Rechtsschutzverfahrens wie auch für die Konzentration des Rechtsganges aufweist, die dem rationalisierten deutschen Prozeß abgehen, so zeigt sich alsbald, daß man hierüber zumindest geteilter Meinung sein kann.

Wie soeben schon dargelegt wurde, ist es nicht bedenkenfrei, wenn der englische Prozeß die endgültige Festlegung des Streitstoffes grundsätzlich dem Masterverfahren zuweist und dadurch das Urteilsgericht aus der das Verfahren beherrschenden Stellung verdrängt. Ein Spruchgericht, welches nicht grundsätzlich selber darüber befindet, ob nach Lage des Falles Entscheidung über bestimmte Streitpunkte nötig ist, nimmt nicht jene souveräne Stellung im Verfahren ein, die der Ausdruck „Prozeßgericht" kennzeichnet und wird zu einer in gewissem Sinn vom Vorbereitungsrichter abhängigen Entscheidungsbehörde, welche die Verantwortung dafür, ob der Prozeß vollständig und richtig entschieden wird, kaum zu tragen vermag. Auch die Möglichkeit einer Berufung der Parteien gegen prozeßleitende Anordnungen des Masters zum Gericht, die übrigens nicht nur zum judge in chambers, sondern nach Wahl auch zum judge in open court geht[225]) — bietet im Hinblick auf die Tatsache, daß das meist angegangene Chambergericht mit einem andern Richter als das Endurteilsgericht besetzt sein kann[226]), und daß in der mündlichen Schlußverhandlung u. U. eine Jury zugezogen wird, keine hinreichende Gewähr dafür, daß das Spruchgericht schon während des Master-Verfahrens zu Worte kommt. Auch liefert sie die Entscheidung darüber, welche Stellung das Gericht im Einzelfall im Verfahren einnimmt, zu Unrecht der Parteiinitiative aus. Das Berufungsrecht der Parteien gegen prozeßleitende Anordnungen des Masters muß aber auch zur Quelle erheblicher Verfahrensverzögerung werden. Zudem erscheint es unrationell, das Gericht zunächst grundsätzlich aus dem Vorverfahren auszuschalten und dieses zur selbstverantwortlichen Erledigung auf den Master zu übertragen, auf Berufung der Parteien es aber trotzdem unbeschränkt mit Fragen der Verfahrensvorbereitung zu befassen. Das vom Master personell verschiedene Gericht muß sich bei dieser Regelung u. U. wiederholt von neuem in

---

225) Schuster, Bürgerliche Rechtspflege in England. 1887, S. 151; Gerland, Gerichtsverfassung, S. 339. Die Partei, die sich statt an das Chambersgericht an den Richter in open court wendet, hat aber die etwa entstehenden Mehrkosten zu tragen.

226) Gerland, Gerichtsverfassung, S. 339 a. Schluß.

den Streitfall einarbeiten mit der Folge, daß das Gericht durch das Mastersystem weit mehr belastet wird als im deutschen Rechtsgang das Prozeßgericht durch das ER.-Institut (samt Aufsichtsverfahren); denn der ER. gehört hier ebenso wie der Vorsitzende ja dem Prozeßgericht an. Berücksichtigt man die mögliche Verschiedenheit von Chamberrichter, der regelmäßig auf Berufung über prozeßleitende Anordnunnungen des Masters entscheidet, und Courtrichter, so wird man kaum fehlgehen in der Annahme, daß die Mehrarbeit, die das englische Gericht zu leisten hätte, keine beträchtliche sein würde, wenn die Vorbereitung eine unmittelbare wäre und die Einheit des Gerichtsorgans ganz, oder bei Schlußverhandlung und Urteilsfällung mit Zuziehung von Geschworenen doch wenigstens zum Teil gewahrt bliebe. Solange dies nicht der Fall ist und das Vorbereitungsverfahren sich nicht vor dem Judge unmittelbar abwickelt, muß den Parteien der nötige Kontakt mit dem Spruchgericht fehlen. Sie können sich eine Meinung darüber, wie das erkennende Gericht ihren Fall ansieht, auf welche Gesichtspunkte es bei seiner Entscheidung vor allem Gewicht legen wird, nicht bilden. Die Obliegenheit der Parteien, ihre Beweismittel in der Hauptverhandlung präsent zu haben, führt deshalb zwangsläufig dahin, daß sie zu jedem auch nur denkbaren Punkte der Verhandlung ein möglichst großes Aufgebot von Zeugen und Sachverständigen heranschaffen, wodurch der Umfang der Hauptverhandlung so übermäßig ausgedehnt wird, daß sich eine feste Terminliste nicht aufstellen läßt und ein geordneter und übersichtlicher Geschäftsgang kaum mehr durchzuführen ist. Außerdem verursacht die übermäßige Beweismittelhäufung den Parteien gewaltige, oft jedes Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes verlierende Kosten[227]), nachdem den zahlreichen Zeugen, die regelmäßig von auswärts nach London zur Gerichtssitzung geladen werden, nicht nur die Reisegelder zu erstatten sind, sondern auch die erheblichen Kosten, die ihr Aufenthalt während der oft wochenlang sich hinziehenden Gerichtssitzung verursacht. Des weiteren fördert es gewiß nicht eine beschleunigte Abwicklung der Prozesse, daß die Eventualmaxime die Parteien zwingt, bei der Abfassung der Schriftsätze mit peinlichster Vollständigkeit vorzugehen und darum vielfach Anlaß besteht, dem häufigen Parteiersuchen um Verlängerung der Schriftsatzfristen stattzugeben mit der Folge, daß dann bereits der Schriftsatzwechsel eine recht umfangreiche Zeit in Anspruch nimmt. Angesichts dieser Nachteile des englischen Verfahrens können wir Gerlands Ansicht, die Zweiteilung des Verfahrens, wie sie dem englischen Recht zugrunde liegt, bedeute „sowohl der Idee als auch der Ausgestaltung nach eine glückliche Lösung

[227]) Über die Prozeßkosten in England neuerdings Erdsiek, ZZP. 58, S. 104 ff.

von Schwierigkeiten, die unser Recht bisher nicht überwunden hat"[228]), nicht teilen. Berücksichtigt man die Anfechtbarkeit der Zwischenentscheidungen des Masters, so dürfte sich das englische Verfahren kaum sehr „konzentriert" abwickeln. Desgleichen scheint die Behauptung, das englische Verfahren garantiere die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit besser als das deutsche, einigermaßen irreführend, denn sie wird durch die Tatsache, daß der englische Prozeß während des ganzen so maßgebenden Masterverfahrens die Unmittelbarkeit völlig preisgibt, widerlegt. Auf Unmittelbarkeit kommt es im Prozeß mit einem so gestaltungskräftigen Vorbereitungsverfahren, wie das Masterverfahren es ist, doch nicht nur für die Beweiserhebungen und Plaidoyers an! Was nützt es, daß die Unmittelbarkeit der Endverhandlung etwas besser als im deutschen Verfahren gewährleistet erscheint, wenn die Eventualmaxime der vollständigen prozessualen Auswertung des Haupttermins hindernd im Wege steht, indem sie grundsätzlich eine Präzisierung des Streitgegenstands auf Grund unmittelbarer Verhandlung nicht zuläßt.

Das Regelverfahren im englischen Zivilprozeß ist prozeßtechnisch also keineswegs so fein in sich abgestimmt, daß wir Grund hätten, es für den Neubau des deutschen Verfahrens ohne weiteres zum Vorbild zu nehmen. Und so ist man denn auch in England selber bereits zu der Einsicht gelangt, daß es vor allem an dem besonderen Verfahrensaufbau des englischen Prozesses, der schroff durchgeführten Zweiteilung des Verfahrens liegt, wenn im Rahmen der bisherigen Prozeßordnung den Tendenzen zur Prozeßverschleppung und Prozeßverteuerung nicht mit Erfolg entgegengearbeitet werden konnte; und dem Reformbedürfnis wurde dann gesetzgeberisch durch die schon erwähnten Rules vom 24. V. 1932, einem ersten vorläufigen, aber umso vorurteilsloser zugreifenden Versuch in neuer Linie — Rechnung getragen. Das vorzugsweise für den Prozeß in der King's Bench Division geschaffene, den Rules des Commercial court nachgebildete Sonderverfahren bringt in richtiger Einschätzung der Reformlage neben der Zurückdrängung des Jurysystems, der Einschränkung unmittelbarer Beweisaufnahmen, sowie der Konzentration des Schriftenwechsels der Parteien mittels kurz bemessener Schriftsatzfristen — als entscheidende verfahrensstrukturelle Neuerung: die Beseitigung des Masters aus

---

[228]) Englische Rechtsprobleme, S. 20. Dieses Urteil steht übrigens auch in merklichem Widerspruch mit Gerlands eigener Feststellung, daß das englische Zivilprozeßverfahren „recht schleppend ist". S. 14, Anm. 4, was im Hinblick auf die „wenig glücklichen Rechtsmittelmöglichkeiten auch gegen Zwischenentscheidungen" bemängelt wird. Im übrigen begnügt sich Gerlandin der Kritik des englischen Verfahrens mit der Erwägung, „ob die Herrschaft, die der Master über das Verfahren als solches ausübt, nicht doch etwas weit getrieben ist". (S. 20).

dem Vorbereitungsverfahren[229]). Die prozeßleitenden Anordnungen im Stadium der Verfahrensvorbereitung sind vom Richter der Hauptverhandlung, vom Judge zu treffen, wobei es diesem anheim gegeben ist, von der Zuziehung einer Jury im Schlußverfahren in nicht komplizierten Fällen auch gegen den Willen der Parteien abzusehen. Das Verfahren der New Rules sucht die Einheit des Gerichtsorgans während des ganzen Prozesses zu gewährleisten. Der Spruchrichter soll die richterliche Leitung des Prozesses von Anfang an übernehmen. Die Regelung, wonach das Spruchgericht mit dem Verfahren während seiner wichtigsten Phase, dem Stadium der Herausarbeitung und näheren Fixierung der Streitpunkte aus der Fülle des beiderseitigen Vorbringens nicht befaßt ist, wird beseitigt und die Unmittelbarkeit des Prozesses aus dem Stadium der Beweiserhebungen aus guten Gründen in das der Verfahrensvorbereitung vorverlegt. Damit reduziert sich aber zugleich von selbst das Interesse an der Rechtsmittelmöglichkeit gegen prozeßleitende Anordnungen im Vorbereitungsverfahren, weshalb in diesem Prozeß das Berufungsrecht gegen die Verfahrensanordnungen des Richters beschränkt werden konnte, nämlich nur mit Erlaubnis desselben ausgeübt werden darf. Wieviel damit für die äußere Konzentration des Verfahrens gewonnen wird, liegt auf der Hand. Nicht geringer aber dürfte der Nutzen sein, den der Prozeß im Hinblick auf seine Aufgabe, möglichst erfolgreich Rechtsschutz zu gewähren, davon hat, daß mit der Beseitigung der starren Dychotomie des Verfahrens zugleich der Eventualmaxime ihre größte Schärfe genommen worden ist. Wenn das Verfahren der New Rules auch an dieser festhält und neues Vorbringen der Parteien in der Hauptverhandlung nach wie vor ausgeschlossen bleibt, so verliert die Eventualmaxime doch viel von ihrer Schädlichkeit, wenn in dem von ihr beherrschten Vorbereitungsverfahren die stark entwickelte Prozeßleitungsgewalt bei demjenigen Richter liegt, der hernach auf Grund der Hauptverhandlung das Urteil spricht. Die Parteien haben dann eine gewisse Gewähr dafür, daß der Streitstoff im Prozeß in demjenigen Umfang vorgebracht und aufgerollt wird, in dem er dem erkennenden Gericht wesentlich erscheint und daß kein Vorbringen für unzulässig erklärt wird, auf welches es dem Spruchgericht hernach doch ankommen würde.

Stellt das Verfahren der New Rules, dem nur ein verhältnismäßig kleiner Geltungsbereich zugewiesen wurde, sofern seine Anwendung im Einzelfall vom Parteiwillen abhängt, auch nicht viel mehr dar als einen ersten Versuch[230]), so liegt ihm

[229]) Über das neue Verfahren vgl. auch Erdsick, i. d. Deutsch. Allg. Zeitg. 1932. Nr. 331.

[230]) Pressenotizen zufolge scheint man in England mit dem Einfluß des neuen Verfahrens auf Beschleunigung und Verbilligung der Prozesse zufrieden zu sein. Erdsick, ZZP. 58, S. 123, Anm. 83 a.

also doch zweifellos ein bedeutsamer Richtungswechsel der Gesetzgebung zugrunde, der vor allem zeigt, daß die Durchführung des von der Eventualmaxime beherrschten Vorbereitungsverfahrens unter Leitung eines vom Spruchgericht verschiedenen Gerichts im Hinblick auf das neuerlich überall verstärkt in den Vordergrund der Prozeßpolitik getretene Interesse an der Verfahrenskonzentration sich nicht bewährt hat. Will die deutsche Reform an dem Ziel den Verfahrenslauf nach Möglichkeit zu beschleunigen, auch weiterhin festhalten, so wird die Unterstellung des Verfahrens vor dem E.R. unter dem Zwang der Eventualmaxime daher unter allen Umständen aus dem Kreis der Projekte ausscheiden müssen[231]). Da das Verf.v.d.ER. dem Raum grundsätzlicher Kollegialgerichtsbarkeit zugehört, Identität zwischen Vorbereitungs- und Entscheidungsgericht also grundsätzlich nicht besteht, würde ein von der Eventualmaxime beherrschtes Vorbereitungsverfahren schon deshalb unvermeidlich zur Prozeßverschleppung führen, weil dann ohne unbeschränkte Rechtsmittelmöglichkeit gegen prozeßleitende Anordnungen des Vorbereitungsrichters nicht mehr auszukommen wäre. Neben diesen formellen Gründen ist zu beachten, daß die Eventualmaxime im System eines Prozeßrechts, welches die Wahrheitspflicht der Parteien aufstellt, um den Tatsachenstoff möglichst wirklichkeitsgetreu und vollständig zur Urteilsgrundlage zu machen, aber auch einen nicht zu assimilierenden Fremdkörper darstellt.

Eine Fortbildung unseres Verf.s v. d. ER. nach dem Vorbild des englischen Masterverfahrens kann also nicht in Frage kommen. Die Reform unseres Prozesses darf jedoch auch nicht beschränkt auf das Gebiet eines Sonderprozesses auf die Eventualmaxime zurückgreifen.

Daran ist insbesondere zu erinnern gegenüber Rosenbergs Vorschlag, die Eventualmaxime in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen zuzulassen durch Wiederaufnahme des von der Novelle 1924 beseitigten vorbereitenden Verfahrens in Punktensachen (a. ZPO. §§ 348—354)[232]). Auch der Rechnungsprozeß kann im Rahmen einer Gesetzgebung, welche mit der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht die Erzielung eines lückenlos aufgebauten Sachverhalts als Urteilsgrundlage gewährleisten will, in dem Stadium des Verfahrens, in dem er sich endlich vor dem vollbesetzten Prozeßgericht befindet, unmöglich grundsätzlich durch eine Vorbringenspräklusion beengt sein. Das Verfahren in Rechnungssachen dürfte aber auch in anderer Hinsicht kaum noch den modernen Anschauungen über Verfahrensrationalisie-

---

[231]) A. M. Gerland, a. a. O.

[232]) Rosenberg, ZZP. 57, S. 281.

rung entsprechen. Unzweckmäßig ist, daß es durch Anordnung des Prozeßgerichts eingeleitet wird, ihm also ein Kollegialtermin vorausgehen muß. Dieses Einleitungsverfahren, das im Verf. v. d. ER. erforderlich erscheint, weil es hier auf eine individuelle Auslese der vorbereitungsbedürftigen und geeigneten Klagsachen durch das Prozeßgericht ankommt, ist verzögerlich und unrationell in einem Prozeß, der auf spezielle, durch besondere Unübersichtlichkeit und Häufung des Stoffes gekennzeichnete Klagen zugeschnitten ist, deren Vorliegen im Einzelfall ohne weiteres ersichtlich ist und daher nicht erst der Feststellung durch das Prozeßgericht bedarf, zumal auch die Zweckmäßigkeit der Anordnung in derartigen Klagsachen feststeht. Das umständliche Einleitungsverfahren erklärt sich daraus, daß dem beauftragten Richter Entscheidungen über prozessuale Punkte versagt sind, diese also gegebenenfalls vom Prozeßgericht vor der Überweisung des Rechtsstreits in das vorbereitende Verfahren getroffen werden müssen[233]), ist mit dieser Regelung aber nicht zu rechtfertigen. Da die Prozeßvoraussetzungen praktisch nur in verhältnismäßig seltenen Fällen streitig werden, kann diese Möglichkeit kein Grund dafür sein, den Prozeß zunächst vor das Kollegium zu bringen. Eine praktische Regelung würde sich aus diesem Grund entschlossen haben, den Richterkommissar zu gewissen prozessualen Entscheidungen zu ermächtigen, wodurch der Weg, den Prozeß von vornherein auf diesen zu übertragen, frei geworden wäre. Die unzweckmäßige Festlegung der Vorbereitungsaufgabe des beauftragten Richters äußert sich aber nicht nur in den Regeln der Verfahrenseinleitung, sie hindert das Rechnungsverfahren auch in anderer Beziehung, das Prozeßgericht so wirksam zu entlasten, daß es als Ersatz für das Verf. v. d. ER. in Frage kommen könnte. Der Richterkommissar darf selber weder Beweisbeschlüsse erlassen, noch Beweise erheben, noch einen Zwischenstreit entscheiden, § 350 II a. ZPO., sondern muß zu diesem Zweck den Prozeß vor das Kollegium stellen, welches die Sache zur Ergänzung aber beliebig oft zurückverweisen kann. Den sichtbarsten Ausdruck hat die unzweckmäßige Zuständigkeitsbemessung im Rechnungsverfahren aber darin, daß dem beauftragten Richter versagt ist, Versäumnisurteil zu erlassen, § 351 a. ZPO. Da infolgedessen die erste Säumnis einer Partei ohne wirksame Reaktion bleibt, können die Termine des Richterkommissars innerhalb dieser Grenzen von den Parteien nach Belieben frustriert werden[234]).

---

[233]) So Förster-Kann, 3. Anm. 2a zu § 348 und Wilmowsky-Levy, 7. Anm. 1b zu § 313.

[234]) Nach § 351 a. ZPO. wird bei Säumnis einer Partei das Vorbringen der erschienenen, protokollarisch festgestellt und der säumigen zugleich mit der Ladung zum neuen Termin mitgeteilt, um bei abermaliger Säumnis ohne weiteres Urteilsgrundlage im Hauptverfahren zu werden.

Das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen in Gestalt der §§ 348—354 a. ZPO. verträgt sich mit dem Interesse an Verfahrensrationalisierung demnach also so wenig, daß kaum zu befürchten ist, die Eventualmaxime könnte schließlich noch auf diesem Weg in die neue PO. eindringen.

§ 25.

4. „Das Verfahren vor dem Einzelrichter".

Das Verf. v. d. ER. entlastet das Prozeßgericht wirksamer als der österreichische Vortermin. Andererseits unterscheidet es sich vom Typus des „prozeßbegrenzenden" Vorbereitungsverfahrens dadurch, daß es den Rechtsstreit in tatsächlicher Beziehung nicht so weitgehend präjudiziert wie dieses. Nachdem in den bisherigen Darlegungen die Wirkungsintensität des ER.-Instituts im Zusammenhang mit den abweichenden ausländischen Systemen gewürdigt worden ist, bleibt im folgenden nur mehr noch, auf die Bedeutung des ER.-Instituts als Gestaltprinzip des Kollegialverfahrens im allgemeinen einzugehen.

Dabei ist zunächst an die Tatsache zu erinnern, daß das ER.-Institut vom Gedanken der inneren Einheit des ganzen Verfahrens aus konzipiert ist. Infolge dessen hat das Vorb.verf. keine dem übrigen Prozeß fremden Elemente in sich aufgenommen, sondern erscheint in jeder Beziehung als Teil des einheitlich aufgebauten Verfahrens, dessen Eigenart gegenüber dem übrigen Prozeß lediglich in seiner gerichtsorganisatorischen Besonderheit liegt.

Dieses Konstruktionsprinzip ist das natürliche. Würde der ER.-Prozeß, was die Verfahrensform betrifft, mit den anderen Teilen des Prozesses nicht übereinstimmen, so wäre es zweifelhaft, ob die beiden Abschnitte des Verfahrens sich zweckgerecht ergänzen und zusammenschließen könnten. Das in mündlicher Verhandlung bestehende Abschlußverfahren würde sich ohne mündliche Verhandlung, durch ein im Austausch instruierender Schriftsätze gelegenes Vorverfahren kaum in geeigneter Weise vorbereiten lassen[235]). Es erscheint somit zweck-

---

Bei Untätigkeit des Beklagten im „vorbereitenden Verfahren" bedarf es folglich dreier Termine (zweier Vorbereitungstermine und der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht), bis der Kläger Urteil erhält, welches dann allerdings nicht dem Einspruch unterliegt (§§ 351, 353 II a. ZPO.) Der Beklagte, der nicht bestreiten will, kann, wofern er nur im Kollegialtermin, in dem die Durchführung des vorbereitenden Verfahrens angeordnet wird — noch nicht Farbe bekennt, seine Verurteilung also beträchtlich hinauszögern!

[235]) Es ist fraglich, ob der ER., wofern er nicht von den Parteien ermächtigt, sein eigenes Endurteil — oder eine ihm gesetzlich vorbehaltene Entscheidung über Prozeßvoraussetzungen vorbereitet — also in seiner Eigenschaft als Vorbereitungsrichter schriftliches Verfahren nach

gemäß, daß der durch das ER.-Institut rationalisierte Kollegialprozeß mit der gerichtsorganisatorischen Teilung des Prozesses nicht auch eine Mischung der essentiellen Verfahrensformen verbindet.

Der Wert des ER.-Instituts als Rationalisierungsmaßnahme bemißt sich darnach, ob und inwieweit dasselbe zu einer Beschleunigung der Rechtsschutzgewährung und andererseits zu einer Intensivierung des Verfahrens führt.

Für das Recht der Novelle 1924 ging die überwiegende Meinung dahin, daß durch das Vorb.verf. eine Beschleunigung der Prozeßerledigung nicht erreicht werden könne. Denn was man an Konzentration des Verfahrens durch die Entlastung der Kammertermine erziele, werde reichlich dadurch aufgewogen, daß der Prozeß einer Verschleppung durch unnötige Beweisanordnungen ausgesetzt sei. Die Zivilprozeßnovelle 1933 sucht wie wir wissen, diese Verzögerungsmomente zu vermeiden. Die Neuordnung des Verhältnisses von ER. und Kollegium bietet Gewähr dafür, daß die Gleichschaltung von ER.-verf. und Kollegialprozeß erreicht wird, bzw. gewährt bleibt, sodaß in der neuen Gestalt dem Verf. v. d. ER. von vornherein wohl größere Bedeutung für die Verfahrenskonzentration zukommt. Jedenfalls gilt dies für das Verf. v. d. ER. in wirklich vorbereitungsbedürftigen Klagsachen. Daß dieses hier schneller zum Ziele führt als die Instruktion vor dem vollbesetzten Prozeßgericht[236]), ist schon deshalb anzunehmen, weil der ER. in der Lage ist, kurzfristigere Termine anzusetzen als es die nicht entlastete Kammer könnte. Auch wird er regelmäßig geneigter sein, sich der Maßnahmen, die eine Ersparnis der Termine bezwecken, zu bedienen, als das vorsichtigere Kollegium. Aus verschiedenen Gründen ist vom ER. also zu erwarten, daß er die Zeit, die zur Klärung einer Meinungsverschiedenheit mit dem Vorsitzenden, zur Einholung einer Kollegialentscheidung u. U. gebraucht wird und die dem Prozeß zunächst verloren geht, gegebenenfalls

---

§ 7 Entlastungsbekanntmachung in der F. v. 13. Mai 1924 zulassen kann. Denn nach dieser Bestimmung hat das Gericht der Entscheidung, also des Urteils, welches vorbereitet wird, über die Form der Verhandlung zu bestimmen, wenn die Parteien mit Schriftlichkeit einverstanden sind. Hält man es im Hinblick auf die allgemeine Förderungsaufgabe des ER.s und die ihm zu deren Erfüllung übertragene Prozeßleitungsgewalt aber für zulässig, daß der ER. unter den näheren gesetzlichen Voraussetzungen auch die Verhandlungsform bestimmt, so wird er dabei jedenfalls beachten müssen, daß es noch nicht feststeht, ob auch das Prozeßgericht auf die mündliche Endverhandlung verzichten wird, die Schrift für die Vorbereitung einer mündlichen Endverhandlung aber vielfach ein untaugliches Mittel ist.

[236]) Vgl. u. a. Lehmann, Rhein. Z. 1924, Sonderheft, S. 45, sowie Klein-Engel, Zivilprozeß Österreichs, S. 265: im vorbereitenden Verfahren wird zunächst der Prozeßstoff „unter relativ günstigen Verhältnissen gesammelt, wodurch die Möglichkeit der Konzentration im vorbereitenden Verfahren, wie im Hauptverfahren" geschaffen wird.

durch einen umso energischeren Prozeßbetrieb nachträglich wieder einholen kann.

Auf der anderen Seite darf bei der Veranschlagung des ER.-Instituts für die Verfahrensbeschleunigung aber auch nicht außer Betracht gelassen werden, daß das Verf. v. d. ER. mit wichtigen Maßnahmen zur Förderung der Ordnung und Übersichtlichkeit sowie zur Beschleunigung der Prozesse[237]) unvereinbar ist: der urteilsmäßigen Erledigung des Streitstoffs in geeigneten Stufen. Das Verf. v. d. ER. ist zur totalen Vorbereitung des Prozesses, zur Vorbereitung des gesamten Streitstoffs bestimmt. Demgemäß ist Urteilszuständigkeit in der Hauptsache dem ER. von § 349 I 3 abgesehen, nur im Fall der Säumnis oder ausdrücklicher Ermächtigung gegeben. Die vielfach zweckmäßige etappenweise Behandlung und Erledigung des Streitstoffs muß also während der ganzen Dauer des Vorb.verf.s ausscheiden, da der ER. grundsätzlich weder ein Teilurteil nach § 301[238]), noch ein Vorbehaltsurteil nach § 302, noch ein Grundurteil nach § 304[239]) selber erlassen kann. Eine Überweisung des Rechtsstreits an das Kollegium zum Erlaß eines derartigen Urteils aber verbietet sich im Hinblick auf das Ziel der Beschränkung der Kollegialtätigkeit auf tunlichst eine mündliche Verhandlung. Die Einführung des ER.-Instituts erklärt es daher wohl auch, daß die Novelle 1924 das Zwischenurteil über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel nach § 303 ZPO. a. Fg. beseitigt hat. Befinden sich alle umfangreicheren Prozesse die längste Zeit vor dem ER., der den materiellen Streitgegenstand grundsätzlich nicht

---

[237]) Ziff. 14 der von Levin und Magnus aufgestellten Leitsätze zur Beschleunigung des Prozeßverfahrens; J. W. 1929, 81.

[238]) Dagegen kann der ER. gemäß § 349 I 3, 4, 5 Versäumnisteilurteil, welches bei Versäumnis eines selbständigen Streitgenossen (RGZ. 55, 311) und im Fall des § 254 nötig ist (vgl. Rosenberg, § 55 II 2) erlassen, desgleichen ein Teilurteil als Aktenlageentscheidung sowie ein Teil-Anerkenntnis- und Verzichtsurteil. Zur Annahme, daß der ER. auf Grund der ihm unbeschränkt verliehenen Befugnis zu Versäumnis-, Aktenlage-, Verzicht- und Anerkenntnisurteilen nur Vollurteile sollte erlassen können, besteht kein Grund, da Teilurteile des ER.s die Zuständigkeit des Prozeßgerichts in der Hauptsache zwar beschränken, im übrigen aber das Prozeßgericht in keiner Weise binden.

[239]) Das Vorbehaltsurteil nach § 302 I, sowie das Grundurteil nach § 304 I kann nicht als Versäumnisurteil erlassen werden, auch wenn abgesonderte Verhandlung über die Klagforderung bzw. über den Grund angeordnet wurde. Im Fall der Säumnis ist vielmehr Versäumnis- oder Aktenlageurteil über den ganzen Streitstoff zu erlassen. Stein-Jonas 14, Anm. III zu § 146 und Anm. I 3 zu § 304 ZPO.; anders teilweise Rosenberg, § 106 II 1 b, der ein auf das Grundverfahren beschränktes Versäumnisurteil bei beschränkter Verhandlung gegen den Beklagten für zulässig erklärt. — Desgleichen können das Vorbehaltsurteil und das Grundurteil nicht als Anerkenntnisurteil erlassen werden. Vgl. Rosenberg, § 137 I 2; Stein-Jonas, Anm. I zu § 307 ZPO.

durch Urteil erledigen, und deshalb auch nicht das urteilszuständige Prozeßgericht durch zwischenurteilsmäßige Vorabentscheidung in einer Frage des materiellen Streitgegenstands festlegen darf, so kommt dem Zwischenurteil über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel eine nennenswerte praktische Bedeutung nicht mehr zu. Dennoch wollte der E. in § 297 dasselbe wieder einführen. Wenn er es als „vorzügliches Mittel den Prozeßstoff zu beschränken und auf einem vom Gericht für spruchreif erachteten Teilgebiet neues Vorbringen der Parteien abzuschneiden" rühmt[240]), so beleuchtet er damit selber recht anschaulich, wie die Preisgabe des gerichtseinheitlichen Verfahrens, die den Gebrauch dieses Zwischenurteils in der großen Mehrzahl der Fälle entgegensteht, keineswegs ausnahmslos die Prozeßkonzentration fördert. — Daß der ER. auf dem Gebiet der materiellen Entscheidung das Prozeßgericht nicht durch ein kontradiktorisch oder als Aktenlageentscheidung ergehendes Zwischenurteil, welches für das sachliche Urteil fast immer von Bedeutung ist[241]), festlegen darf, unterliegt wohl keinem Zweifel. Fraglich im Hinblick auf das Recht des E.s könnte nur sein, ob der ER. im Versäumnisverfahren mittels eines Versäumniszwischenurteils über ein Element des materiellen Endurteils vorab entscheiden darf, was jedoch zu verneinen ist, da nach § 347 II ZPO., § 356 II E. die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Versäumnisverfahren nur zulässig ist, wenn der Termin auf die Verhandlung eines Zwischenstreits beschränkt war, nach herrschender Lehre durch die Beschränkung der Verhandlung auf ein materiellrechtliches Angriffs- oder Verteidigungsmittel ein Zwischenstreit aber nicht entsteht[242]).

Es ist also festzuhalten, daß das ER.-Institut, welches Verfahrensrationalisierung mittels eines besonderen Verfahrens zur, vorbehaltlich der Endverhandlung, totalen Vorbereitung des Prozesses erreichen will, eine Verfahrensrationalisierung durch Ökonomie der Urteilsgestaltung grundsätzlich ausschließt. Da eine rationelle Urteilsgestaltung, welche den Prozeßstoff in zweckmäßiger Stufung in unmittelbarem Anschluß an die auf Bearbeitung der jeweils entscheidungsbedürftigen Fragen konzentrierten Verhandlungen erledigt, die Entscheidungen also aus besonderer Unmittelbarkeit schöpft, aber auch in qualitativer Hinsicht eine Kraftquelle für das Verfahren bedeu-

---

[240]) E.-Begr. S. 323.

[241]) Die Feststellungen des Zwischenurteils sind dem Endurteil zugrunde zu legen, wenn es nicht ausnahmsweise nach Ansicht des Gerichts bei Schluß der mündlichen Verhandlung auf den vorabentschiedenen Streitpunkt nicht mehr ankommt, in welchem Fall das Zwischenurteil bedeutungslos wird. Vgl. Förster-Kann, Anm. 4e zu § 303.

[242]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch 2., S. 740; Förster-Kann, Anm. 3d; Stein-Jonas, Anm. 2 zu § 347 ZPO.

tet, muß das ER.-Institut in dieser Beziehung also als eine Belastung des Verfahrens erscheinen.

Das führt ganz allgemein auf die Frage nach dem Wert des Verf.s v. d. ER. für die Güte des Prozesses als zuverlässiges Rechtsschutzverfahren. Läßt sich von ihm eine Steigerung der kognitiven Leistung der Rechtspflegehandlung erwarten[243])? Das Verf. v. d. ER. ist in erster Linie darauf abgestellt, durch Beschleunigung des Rechtsganges eine rationelle Ausnutzung der richterlichen Arbeitskraft zu erzielen. Von Sparmaßnahmen aber ist offenbar nicht mehr zu erwarten, als daß sie wenigstens einigermaßen — unschädlich sind. Daß das Verfahren durch Einsparungen verbessert werden kann, würde nur denkbar sein, wenn die frühere großzügigere Gestaltung zweckwidrig gewesen wäre. Das aber läßt sich von dem grundsätzlich unbeschränkt kollegialgerichtlich durchgeführten Zivilprozeß gewiß nicht behaupten. So wird man in der Übertragung eines großen Teils kollegialgerichtlicher Geschäfte an den ER., in der Aufteilung der einheitlichen Gerichtsgewalt zwischen zwei Gerichtsbehörden der Gesamtwirkung nach eine Verbesserung des Verfahrens als Rechtsschutzeinrichtung, eine Stärkung und Kräftigung des Zivilprozesses denn auch schwerlich erblicken können[244]). Zwar trägt auch das ER.-Institut in gewisser Hinsicht zur Intensivierung des Verfahrens bei, indem es ausgiebigere und umfassendere Verhandlungen des Rechtsstreits vor einem u. U. in der Sache genau informierten Kollegium ermöglicht. Und das ist auch dann der Fall, wenn es dem ER. regelmäßig nicht gelingen sollte, das nach dem Gesetz anzustrebende Ziel genau zu erreichen, nämlich das Verfahren bis auf eine Endverhandlung vorzubereiten. Auch dann wird ja immerhin verhütet, daß die Verhandlung des Rechtsstreits vor dem erkennenden Gericht sich in einer größeren Zahl von Kurzterminen auflöst. Dem Vorb.verf. aber weiter nachzurühmen, es kräftige den Prozeß auch dadurch, daß es dem Prozeßgericht die Zeit verschaffe, die Hauptzeugen unmittelbar zu vernehmen, ist, wie wir sahen, unbegründet, weil eine solche Praxis tatsächlich einer Lahmlegung des ER.-Verfahrens gleichkäme[245]).

---

[243]) Diese Einschätzung hat schon beim Vorschlag des ER.-Instituts durch Wildhagen, 31. Deutscher Juristentag, 1912, Bd. III, 826 ff. mitgespielt. Dagegen stellt Heinsheimer, Leipzg. Z. VIII, 49, seinen Reformplan mit Recht lediglich in den Dienst der äußeren Verfahrenstechnik und rechtfertigt ihn insbes. als Beschleunigungsmaßnahme.

[244]) In Dänemark kann nach § 338 III Rechtspflegegesetz am Landgericht, die Vorbereitung des Verfahrens einem einzelnen Richter übertragen werden. Von dieser Möglichkeit wird aber fast nie Gebrauch gemacht, da nach allgemeiner Überzeugung die Vorbereitung vor dem vollbesetzten Gericht die bessere und im Hinblick auf den unter der Eventualmaxime stehenden Schriftwechsel auch die bequemere ist. Vgl. Munch-Petersen, Zivilprozeß Dänemarks, S. 65 ff. u. 113.

[245]) So neuerdings auch Rosenberg, ZZP. 57, S. 281.

Die energiesteigernden Einflüsse, die dem Prozeß durch die einzelrichterliche Vorbereitung zuteil werden, sind bei näherem Zusehen also nicht sehr beträchtlich. Jedenfalls aber sind ihnen die Bedenken, die gegen die Preisgabe der Einheit des verhandelnden Gerichts — wie auch das Nebeneinanderwirken der Gerichtsbehörden geordnet sein mag, — zu erheben sind, entgegenzuhalten.

Das Ergebnis unserer Betrachtungen ist also, daß das ER.-Institut kaum das unbedingt zuverlässige Sanierungsinstrument für den kollegialen Zivilprozeß darstellt, welches eine abstrakt-spekulative Prozeßpolitik in der synthetischen Gerichtsverfassung, der an sich gewiß naheliegenden Vereinigung der beiden je mit spezifischen Vorzügen ausgestatteten Organisationsformen erblicken mag. Die auf den ersten Blick vorteilhaft erscheinende Verbindung der vorwärtstreibenden Energie des ER.s mit der Erfahrung, Reife und Urteilskraft des Gerichtskollegiums führt zu einer — durch keine Gleichschaltungsbemühung völlig auszuschließenden Doppelspurigkeit des Verfahrens, zur Beeinträchtigung der inneren Ausgeglichenheit des Rechtsganges, die ihren greifbarsten Ausdruck wohl darin findet, daß das ER.-Institut gewisse konzentrationsfördernde Urteilslagen nicht zur Auswirkung kommen läßt. Hinzukommt, daß eine Regelung, wie die des ER.-verf.s auf funktionelle Begriffe angewiesen ist, die sich einer scharfen rechtlichen Erfassung entziehen. Der Gesetzgeber ist außerstande, den innergerichtlichen Verfahrensaufbau so genau zu ordnen und festzulegen, daß ein bestimmtes Verhältnis der beiden Verfahrensteile zueinander von vornherein gewährleistet erscheint. Die sich gesetzlicher Festlegung entziehende innere Dynamik des Verfahrens reguliert sich infolgedessen tatsächlich danach, was für eine Haltung die Gerichte ihrer Prozeduraufgabe gegenüber einnehmen, insbesondere was für eine Vorstellung sie vom prozessual-Zweckmäßigen haben. Ist in einem Prozeßgericht die Auffassung vorherrschend, daß die Art der Prozeßerledigung, welche den geringsten Aufwand an kollegialgerichtlicher Tätigkeit beansprucht, die angemessenste ist, so muß das ER.-Institut dem Verfahren daher schweren Schaden stiften im Hinblick auf die äußere Konzentration des Prozesses, wie die richtige Rechtsfindung. Dann wird das Verf. v. d. ER. wahllos eingeleitet und bis zu erschöpfender richterlicher Bearbeitung des Streitstoffs ohne rechte Aufsicht als Hauptstück des Prozesses durchgeführt werden, während die kollegiale Schlußverhandlung zur Bedeutungslosigkeit eines Plaidiertermins herabsinkt — und gegenüber einer solchen Handhabung würde ein gerichtseinheitliches Verfahren selbst vor einem einzelnen Richter in der Tat entschieden den Vorzug verdienen. Daß das Vorbereitungsinstitut von der Praxis in dieser Weise mißbraucht werden kann, ist eine große Gefahr! Hält man sich diese vor Augen, so

ist es nicht unverständlich, wenn davor gewarnt wird, den Gerichten die Zügel über die Prozeßgestaltung so weitgehend auszuliefern. Wenn wir im Interesse der Wahrung des Kulturguts, das eine grundsätzlich kollegiale Rechtssprechung darstellt, hier dennoch für die Beibehaltung des Verf.s v. d. ER. eintreten, solange man den gerichtseinheitlichen Kollegialprozeß in den Tatsacheninstanzen nicht wiederherstellen zu können glaubt, so geschieht dies daher, in der Erwartung, daß es den Gerichten und notfalls den Justizverwaltungen gelingen wird, im Gebrauch des zweifellos heiklen ER.-Instituts die richtige Linie zu finden und das ist der Fall, wenn nach Durchführung des Verf.s v. d. ER. der eine Endtermin ebenso sichergestellt, wie andererseits noch sachlich benötigt erscheint. Das ER.-Verfahren darf also nur in Prozessen, die sich für solche Vorbereitung wirklich eignen, durchgeführt werden. Die Vorbereitung selber muß in engstem Einvernehmen mit dem Prozeßgericht gründlich erfolgen im Hinblick auf die ergänzende und wirklich kontrollierende intensive Endverhandlung, woraus sich schon ergibt, daß die Beweise regelmäßig zum ganz überwiegenden Teil im Vorbereitungsverfahren aufzunehmen sind. Die umfassend durchzuführende nachfolgende Endverhandlung hat dann die Aufgabe, dem vollbesetzten Prozeßgericht den Streitstoff, welchen dieses in allen seinen Mitgliedern aus unmittelbarer Verhandlung noch nicht kennt, in seinem ganzen Umfang vorzuführen, zweifelhafte Zeugen dem Kollegium gegenüberzustellen und etwa die oder jene ergänzenden Beweise zu erheben, kurz dem Kollegium eine Nachprüfung seines auf Grund der Akten vielfach schon entworfenen Urteilsplanes auf Grund unmittelbarer Verhandlung zu ermöglichen. Die Anwälte haben jetzt Gelegenheit, zu dem Urteilsgericht selber zu sprechen, für ihren Rechtsstandpunkt zu werben, für eine bestimmte Beweiswürdigung einzutreten und in schwierigeren Fällen, in denen sich das Prozeßgericht während des Vorb.verf.s einmal oder mehrfach über die richtige Prozeßleitung uneins war, finden sie ein sachkundiges, in sämtlichen Richtern mit den Problemen des Prozesses bereits vertrautes Gericht vor, sodaß die günstigsten Bedingungen für eine erschöpfende und zweckdienliche Verhandlung gegeben sind. Gehen die Richter in dieser nicht von der Unfehlbarkeit der früheren Maßnahmen aus, so kann die in ihrer Bedeutung richtig eingeschätzte und demgemäß durchgeführte Endverhandlung etwas von der Produktivität eines Nachverfahrens in der gleichen Instanz erlangen, jedenfalls aber manchen Schaden, der dem Prozeß von seiner überwiegend mittelbaren Erledigung droht, noch rechtzeitig abwenden.

Nur bei einer solchen Gewichtsverteilung zwischen ER.- und Kollegialverfahren wickelt sich der einzelrichterlich vorbereitete Prozeß so ab, wie man es füglich von ihm erwarten

muß, nämlich als ein der äußeren Verfahrenskonzentration dienliches, verhältnismäßig bedenkenfreies Verfahren, welches den Kollegialprozeß nicht allzu sehr denaturiert und deshalb als Maßnahme einer diesen vorsichtig und verantwortungsbewußt zurückbildenden Reform gelten kann. Und nur bei Wahrung dieser Funktionslinie vermag das ER.-Institut auch durch seine technische Leistung zu rechtfertigen, wozu es seiner sozialautoritären Grundanlage nach von vornherein bestimmt erscheint: Bestandteil auch des kommenden Rechts zu werden.

Literaturverzeichnis.

Adickes	Grundlinien einer durchgreifenden Justizreform. 1906.
	Zur Verständigung über die Justizreform. 1907.
Baumbach	Kommentar der ZPO. 6. Aufl.
Blomeyer	Jur. Blätter 1932, 124 ff.
	Sächs. Rspfl. Arch. 1932, 329 ff.
Carnelutti	Z ausl. PR. 1929, 25 ff. 182.
Cohn Ernst	JW 1930, 612.
Curti	Englands Zivilprozeß. 1928.
Degenkolb	Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.
Dbalowski	Zeitschr. f. Ostrecht. 1930, 697.
Engeler	Der Einzelrichter in den schweizerischen Zivilprozeßrechten. Diss. Zürich, 1929.
Engströmer	Z ausl. PR. 1929, 36.
Entwurf	einer Reichszivilprozeßordnung. 1931.
Fischer W.	Judicium II, 148
	Judicium III, 126.
Förster-Kann	Kommentar zur ZPO. 3. Aufl.
Freudenthal-Sauerländer	Kommentar der ZPO. 1926.
Fritzsche	in Leske-Löwenfeld „Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr" I (2) 1930.
	Z ausl. PR. 1929, 613.
Gerland	Die englische Gerichtsverfassung. 1910.
	Englische Rechtsprobleme. 1930.
	Judicium IV, 292
	Judicium III, 310 ff.
Goldschmidt James	JW. 1931. S. 2444 ff.
	Prozeß als Rechtslage. 1925.
	Die neue ZPO., Kommentar 1925.
Grünhut	Rhein. Z. 130 ff.
Guttmann	ZZP. 55, S. 38 ff.
Haymann	in Festschrift für Stammler 1926, S. 395.
Heusler	Der Zivilprozeß der Schweiz. 1923.

Heinsheimer	Leipz. Z. 1914, 49. „Das neue Zivilprozeßrecht" Sonderheft der Rhein.Z. 1924, S. 127. Der neue Zivilprozeß, insbesondere das Verfahren vor dem Einzelrichter. 2. Aufl. 1924.
Husserl Gerh.	Judicium II, S. 364.
Jellinek Walter	Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. 1931.
Kann	„Der Einzelrichter" ZZP. 49, 111 (1925) „Die ZPO.", Kommentar. 1924.
Kern	Das neue Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht. 1934.
Kisch Wilhelm	Unsere Gerichte und ihre Reform. 1908. JW. 1930, 602.
Klein Franz	Der Zivilprozeß Österreichs. 1927.
Koellreutter	Richter und Master. 1908.
Lautner	Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht. 1922.
Lehmann	Rhein. Z. 1924, Sonderheft, S. 45.
Lent	Rhein. Z. 1924, Sonderheft, S. 84 ff.
Mendelsohn-Bartholdy	Judicium II, 39 Judicium III, 73.
Munch-Petersen	Der Zivilprozeß Dänemarks. 1932.
Mügel	Justizreform. 1930.
Nicolai	Die rassengesetzliche Rechtslehre (Nationalsozialistische Bibl. H. 39) 1932.
Otto Hans	Das Verfahren vor dem Einzelrichter (Sep.-Abz. a. d. Sächs. Rspfl. Arch.) 1928.
Pagenstecher	Die Berufung im neuen Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. 1925. Judicium IV, 302.
Peters	Das englische bürgerliche Verfahren und die Deutsche Zivilprozeßreform. 1908.
Petschek	Judicium I, 207 ff.
Pollak	System des österreichischen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Judicium II, 41 ff. Judicium III, 304
Püschel	Der Einzelrichter und seine Zuständigkeit. 1925.
Rosenberg Leo	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. DJZ. 1931, 50, DJZ. 1932, 46, ZZP. 57, 189.

Rühl-Fragistas	Rechtspolitische und rechtsvergleichende Beiträge zum zivilprozessualen Beweisrecht 1929.
Rühl	ZZP. 56, 1 ff.
Sauer	Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl. 1929.
Sauerländer	Zivilprozeßnovelle und Zivilprozeßreform. 1925.
Schiffer	Die Deutsche Justiz. 1928.
Schima	Judicium, IV, 306
Schmidt Richard	Z. f. Politik. 1. Bd. S. 245
	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2. Aufl.
	„Das neue Zivilprozeßrecht". Sonderheft der Rhein. Z. 1924, 56.
Schultz	Rhein. Z. 1925, 148.
Schuster	Bürgerliche Rechtspflege in England. 1887.
Seuffert-Walsmann	Kommentar der Zivilprozeßordnung I 1932.
Schwartz J. Christ.	400 Jahre deutscher Zivilprozeßgebung. 1889.
	Erneuerung Deutscher Rechtspflege. 1908.
Sonnen	„Einzelrichter und Prozeßgericht".
	Gruch. Beitr. 67, 475 (1925)
Sperl	Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege. I. 1930.
Stein-Juncker	Grundriß des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl.
Stein-Jonas	Kommentar der Zivilprozeßordnung, Aufl. 1928.
Vierhaus	Verhandlungen zum 29. Deutschen Juristentag S. 585.
Volkmar	Die Verordnung von 1924. (1924.) Judicium, IV, 87, 251.
Wach	Die Zivilprozeßordnung und die Praxis. 1886.
	DJZ. 1908, 9.
	Grundfragen des Zivilprozeßrechts. 1914.
Walsmann	Z ausl. PR. 28, 283.
Wildhagen	Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags 1912, Bd. III, S. 826 ff.
Wilmowsky-Levy	Kommentar zur ZPO. 7. Aufl.

Lebenslauf.

Am 5. Mai 1908 bin ich als Sohn des Arztes Dr. med. Hans Baader in Freiburg i. Br. geboren. Die Schulzeit verlebte ich daselbst und habe im März 1926 die Reifeprüfung des Humanistischen Bertholds-Gymnasiums in Freiburg i. Br. bestanden.

Nach einem rechtswissenschaftlichen Studium in Berlin, Göttingen, Heidelberg und München legte ich im Februar 1931 in München das Referendar-Examen ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich in Speyer, München und Freiburg.